



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사학위논문

헤이그 재판관할 합의협약에 대한
연구

2017년 8월

서울대학교 대학원

법 학 과

박 상 순

국문 초록

오늘날 널리 행해지는 국제거래에서는 그 과정에서 발생할 수 있는 국제분쟁을 해결하기 위한 통일된 법원이 존재하지 않는다. 이를 해결하기 위한 방법으로 국제중재가 널리 활용되고 있다. 이와는 별개로 각 국가의 사법 시스템을 활용해서 분쟁을 해결하고자 하는 시도는 계속되어 왔다. 이와 같은 방법은 중재절차에 대비해서 판결이 어떻게 진행되는지를 미리 숙지할 수 있고, 이미 존재하는 법원을 별도의 재판부를 구성하는 비용을 들이지 않고 이용할 수 있으며, 축적된 선례로 인해 예측가능성이 담보된다는 점이 장점이다.

소송절차를 이용한 국제분쟁 해결은 그동안 지역 단위에서만 논의되다가, 전 세계적인 규율을 하고자 하는 시도 하에 헤이그국제사법회의에서 1992년부터 논의가 시작되었다. 그러한 논의의 결과 2005년 헤이그재판관할합의협약이 발효하였다. 동 협약은 국제중재에 관해서 종래 뉴욕협약이 해 오던 역할에 상응하는 역할을 하는 것을 목표로 한다.

협약은 국제적인 민사 또는 상사사건에서 체결된 전속적 재판관할합의에 적용된다(제1조). 비전속적 재판관할합의에도 적용하자는 견해가 있었으나, 협상 과정에서 적용 범위가 축소되었다. 제2조에서 협약의 적용 범위로부터 제외되는 사항들을 광범위하게 규정하고 있는 것도 협상 과정의 결과물이다. 협약으로부터 적용이 제외되는 범위가 넓다는 점이 문제로 제기되기도 하지만, 체약국을 많이 확보할 수 있으리라는 기대 또한 하고 있다. 다만 제22조의 비전속적 관할 합의에 관한 상호적 선언을 통해 비전속적 관할합의에까지 협약의 적용범위를 확대할 수 있다.

협약은 크게 1. 합의가 무효가 아닌 한 선택된 법원에 전속적 국제재판관할을 인정하며(제5조) 2. 선택된 법원의 국가 이외의 체약국의 법원은 예외사유가 없는 한 국제재판관할을 부정해야 하며(제6조) 3. 관할합의에 기초해서 어느 체약국에서 선고된 판결을 다른 체약국들에서 승인 및 집행될 수 있도록 보장하는 것(제8조)을 세 가지 기본 원리로 삼는다.

협약 제5조, 제6조에서 다루는 내용들은 보통법계에서 인정되는 부적절한 법정지(*Forum non conveniens*)의 법리와 대륙법계에서 인정되는 국제적 소송경합(*Lis alibi pendens*)의 법리를 조화한 것이다. 재판관할 합의를 하는 당사자로서는 선택한 법원에서 확실하게 재판받을 수 있는 것을 원하며, 선택한 법원이 아닌 법원에서 소송을 수행하는 데 드는 시간 및 비용 문제를 피하려고 하는바, 이와 같은 점들이 법에 반영된 것이다.

제8조 이하에서는 관할합의에 기초해서 한 계약국 내에서 선고된 재판을 다른 계약국들에서 승인 및 집행될 수 있도록 보장하고 있다. 제8조에서 규정하고 있는 예외사유들은 협약의 제정 목적을 고려한다면 엄격하게 해석해야 할 것이다. 제11조에서는 재판의 승인 또는 집행은 그 재판이, 당사자에게 정벌적 손해배상을 포함하여 실제로 입은 손실 또는 손해를 전보하는 것이 아닌 손해배상을 인용하는 경우 그 범위 내에서는 거부될 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 이는 제17조의 보험계약 및 재보험계약에는 적용되지 않으므로 주의를 요한다.

우리나라도 앞으로는 협약에 가입할 것을 적극적으로 검토할 필요가 있다. 그 과정에서 필요한 범위 내에서는 국제사법을 개정하거나 판례를 변경할 필요가 있다고 본다.

주요어 : 헤이그재판관할합의협약, 국제재판관할합의, 전속적 관할합의, 재판의 승인 또는 집행, 선언

학번 : 2010-23507

목 차

제1장 서론	1
I. 국제거래와 관련된 분쟁을 해결하기 위한 수단 - 소송과 중재	1
II. 국제거래에서의 분쟁을 소송절차를 통해 해결하기 위한 시도	2
III. 헤이그 재판관할합의에 관한 협약의 도입	4
IV. 연구의 목적과 그 범위	5
제2장 협약에 관한 논의	7
I. 개관	7
II. 협약 전문	7
III. 협약의 적용 범위	8
1. ‘국제적’인 ‘사건’(A case which is international)일 것	9
가. ‘국제적(International)’의 의미	9
나. ‘사건(Case)’의 의미	12
2. 전속적 관할합의(Exclusive choice of court agreement)가 행해졌을 것	12
가. 전속적 관할합의의 정의(제3조 a호)	12
나. 전속적 관할합의의 방식(제3조 c호)	14
다. 전속적 관할합의의 독립성(제3조 d호)	17
3. 민사 또는 상사 문제(Civil or commercial matters)를 포함할 것	17
IX. 협약의 적용범위로부터의 제외(제2조 : Exclusions from scope)	18
1. 제2조 개관	19
2. 각 조문별 논의(제2조 제1항, 제2항)	21

가. 주로 개인적, 가족적 또는 가사적 목적을 위하여 행위 하는 자연인(소비자)이 당사자인 경우(제2조 제1항 a호)	21
나. 단체계약을 포함한 근로계약에 관한 경우(제2조 제1항 b호)	22
다. 자연인의 신분과 법적 능력(제2조 제2항 a호)	23
라. 부양의무(Maintenance obligations)(제2조 제2항 b호)	23
마. 부부재산제, 혼인 및 이와 유사한 관계로부터 발생하는 기타 가 족법상의 사항(제2조 제2항 c호)	23
바. 유언과 상속(wills and succession)(제2조 제2항 d호)	24
사. 도산(insolvency), 화의(composition), 기타 유사한 절차(제2조 제2항 e호)	25
아. 여객(passengers) 또는 물품(goods)의 운송(제2조 제2항 f호)	26
자. 해상오염, 해사청구권에 대한 책임제한, 공동해손, 및 긴급예인과 구조(제2조 제2항 g호)	26
차. 반독점(경쟁)사건(제2조 제2항 h호)	27
카. 원자력 손해에 대한 책임(제2조 제2항 I호)	28
타. 자연인에 의하여 또는 자연인을 위하여 제기된 인적 손해 (personal injury)에 대한 청구(제2조 제2항 j호)	29
파. 계약관계로부터 발생하지 않는 유체물(tangible property)에 대한 손해로 인한 불법행위청구(제2조 제2항 k호)	30
하. 부동산(immovable property)에 대한 물권과 부동산의 임대 (제2조 제2항 l호)	30
거. 법인의 유효, 무효 또는 해산 및 그들의 기관의 결정의 유효성 (제2조 제2항 m호)	31
너. 저작권 또는 저작인접권 이외의 지식재산권의 유효성 (제2조 제2항 n호)	32
더. 저작권 또는 저작인접권 이외의 지식재산권의 침해. 다만 침해소 송이 그러한 권리에 관한 당사자들간의 계약 위반으로 제기된 경우, 또는 그 계약 위반으로 제기될 수 있었던 경우를 제외한다 (제2조 제2항 o호)	33
리. 공부예의 기재의 유효성(제2조 제2항 p호)	35

3. 선결문제로서 제기되는 경우(제2조 제3항)	35
4. 중재 및 관련 절차에서의 적용 제외(제2조 제4항)	36
5. 국가가 당사자인 경우(제2조 제5항 및 6항)	37
가. 국가가 민사 혹은 상사 절차에서의 당사자인 경우(제2조 제5항)	37
나. 국가가 피고인 경우(제2조 제6항)	39
V. 전속적 관할합의의 개념(제3조)	40
1. 전속적 관할합의의 성립 요건(제3조 a호)	41
가. 둘 혹은 그 이상의 당사자들간에 합의가 있을 것	41
나. 제3조 c호의 요구사항들을 만족할 것	42
다. 합의는 한 국가 내의 법원, 혹은 한 국가 내의 한 개 또는 그 이 상의 법원을 지정하고 다른 모든 법원들의 관할권을 배제하는 것일 것	43
라. 지정된 법원은 계약국 내에 있을 것	43
마. 당해 협약상의 지정은 특정 법률관계와 관련해서 분쟁을 해결하기 위한 의도일 것	43
2. 관할합의의 법적 성격 - 원칙적 전속적 관할합의 의제(제3조 b호)	44
VI. 기타 개념정의들(제4조)	45
1. 재판(judgment)의 개념(제4조 제1항)	45
2. 거주(residence)의 개념(제4조 제2항)	47
3. 관련 문제	48
가. 절차와 관련된 문제	48
나. 조약의 적용 범위에 영향을 줄 수 있는 다른 조문들	49
 제3장 재판관할에 관한 논의	 49
 I. 당사자 간 전속적 관할합의의 효력 인정(제5조) - 협약의 첫 번째 주요 원칙	 49
1. 기본 원칙(제5조 제1항)	49
가. 일반적인 논의	50

나. 관할합의의 유효성 판단의 준거법	50
다. 합의의 존재 여부 확정	53
라. 합의의 유효성 여부 판단	53
2. 관할을 갖는 법원의 관할 행사 거부 금지(제5조 제2항)	54
가. 조문의 취지	54
나. 부적절한 법정지의 법리(<i>Forum non conveniens</i>)와 국제적 소송 경합(<i>Lis Pendens</i>)법리와의 조화	55
다. 전속적 재판관할합의가 영향을 미치지 않는 사항(제5조 제3항)	60
II. 당사자들이 관할 합의 대상으로 삼지 않은 법원의 의무(제6조)	
- 협약의 두 번째 주요 원칙	62
1. 기본 원칙	62
2. 다섯 가지 예외사유	63
가. 일반론	63
나. 합의가 무효인 경우(제6조 a호)	64
다. 당사자의 무능력(제6조 b호)	65
라. 공서위반(제6조 c호)	66
마. 합리적 이행불능(제6조 d호)	68
바. 법원이 사건을 심리하지 않기로 결정한 경우(제6조 e호)	69
III. 임시적 보호조치에의 적용 제외(제7조)	70
 제4장 재판의 승인 또는 집행에 관한 논의	72

I. 재판의 승인 또는 집행 보장(제8조) - 협약의 세 번째 주요 원칙	72
1. 외국재판의 승인 또는 집행의무	72
가. 승인 또는 집행의 개념	73
나. 재판의 승인 또는 집행을 위해 구비해야 할 요건	73
다. 승인 또는 집행국 법원이 판단해야 할 사항	74
라. 승인 또는 집행을 거부하기 위한 근거	74
마. 기타 재판의 승인 또는 집행시 염두에 두어야 할 사안들	75

2. 재판국 법원이 선고한 재판에 대한 실질 재심사(review of the merits, <i>révision au fond</i>) 금지(제8조 제2항)	76
가. 실질 재심사의 금지(동항 제1문)	76
나. 협약 제3장을 적용하기 위한 목적상 필요한 범위 내 실질 심사 허용(동항 제2문)	77
다. 구속되는 사실 인정의 범위(동항 제3문)	77
라. 결석 재판에의 적용 배제(동항 제3문)	78
마. 승인 또는 집행국 법원의 재판국 법원에 대한 재판심사에 관한 전통적인 국제사법의 견해와 협약과의 관계	79
3. 재판국에서 효력을 가지는 경우의 승인 또는 집행(제8조 제3항)	80
4. 승인 또는 집행의 연기 또는 거부 가능성(제8조 제4항)	81
5. 국제 이송에 있어서의 승인 또는 집행의 경우(제8조 제5항)	82
II. 승인 또는 집행의 거부 사유들(제9조)	84
1. 일반론	84
2. 합의가 선택된 국가의 법에 의해 무효인 경우(제9조 a호)	84
3. 당사자능력 결여(제9조 b호)	85
4. 피고에 대한 통지 결여(제9조 c호)	85
가. 일반론	86
나. ‘서면’의 의미	87
다. 피고가 방어권을 행사(arrange for defense)하기에 충분한 통지일 것	87
라. 피고가 재판국법원의 고지를 다투지(challenge)않은 경우의 법적 효과	88
마. 국가 이익의 보호	89
5. 재판이 절차와 관련된 사기에 의해 획득된 경우(제9조 d호)	90
6. 승인 또는 집행이 요청받은 국가의 공서에 명백히 반하는 경우(제9조 e호)	91
가. 명백히 승인 또는 집행국의 공서에 반하는 경우	91
나. 절차적 공평의 근본원칙과 양립하지 않는 상황	92
다. 실질적인 공서(substantive public policy)와 관련된 쟁점들 ..	93
라. 제9조 내의 다른 조문들과의 관계	93

마. 불통일법체계(non-unified legal system)에의 적용	94
7. 재판이 승인 또는 집행국에서 동일한 당사자들 간의 분쟁에서 선 고된 재판과 양립하지 않는 경우(제9조 f호)	94
가. 양립불가능성 판단의 기준 시점	94
나. 당사자의 동일성을 판단하는 기준	95
다. 기판력 저축 여부의 판단 기준	95
라. 제6조와의 관계	96
8. 재판이 동일한 당사자들 간에 동일한 청구원인에 관하여 다른 국 가에서 선고된 선행 재판과 양립하지 않는 경우(제9조 g호) ...	96
III. 선결문제(제10조)	98
1. 일반론	98
2. 선결문제에 관한 판단의 승인 또는 집행(제10조 제1항)	98
3. 제2조 제2항에 따라 배제되는 사항에 관한 판단에 기초한 재판의 승인 또는 집행(제10조 제2항)	99
4. 지식재산권의 경우의 특칙(제10조 제3항)	99
5. 제21조의 선언에 의한 재판의 승인 또는 집행의 거부(제10조 제4항)	100
IV. 손해배상(제11조)	101
V. 재판상 화해(Judicial settlements, <i>transactions judiciaires</i>) (제12조)	104
1. 의의	105
2. 기판력(<i>res judicata</i>)의 인정 여부	105
3. 요건	106
4. 재판상 화해의 집행 절차	106
가. 전속적 관할합의에서 지정된 계약국의 법원이 인가할 것 또는	106
나. 소송과정에서 그 법원 앞에서 체결되고, 재판국에서 재판과 동일 한 방법으로 집행될 수 있을 것	107
5. 재판상 화해의 승인	108
VI. 제출되어야 할 서류(제13조)	108
1. 일반론	108

2. 제출되어야 할 서류	109
VII. 절차(제14조)	112
VIII. 가분성(Severability, 제15조)	113
제5장 일반 조항(General Clauses)	114
I. 경과규정(제16조, Transitional Provisions)	114
1. 제16조 제1항 - 전속적 재판관할합의에 적용되는 기준 시점 결정	114
2. 제16조 제2항 - 소 제기 시점(The date proceedings are brought) 의 결정	115
3. 구체적인 사례	116
II. 보험계약과 재보험계약(제17조)	116
III. 인증불요(제18조)	119
IV. 각종의 선언 체계(declaration system)	120
1. 일반론	120
2. 관할을 제한하는 선언(제19조)	121
3. 승인 또는 집행을 제한하는 선언(제20조)	123
4. 특정사항에 관한 선언(제21조)	124
5. 비전속적 관할합의에 관한 상호적 선언(제22조)	126
가. 동 조문의 입법취지	127
나. 비전속적 관할합의의 개념(제22조 제1항)	127
다. 동 조문에 의한 승인 또는 집행의 요건(제22조 제2항)	129
라. 제16조와의 관계	131
V. 협약의 통일적 해석(제23조)	131
VI. 협약의 운용의 검토(제24조)	132
VII. 불통일법체계(제25조)	132
1. 일반론	132
2. 각종 언급의 영토적 단위 내의 적용	133

가. 국가의 법 또는 절차에 관한 모든 언급	133
나. 당해 국가 내의 거소에 대한 언급	134
다. 당해 국가 내의 법원 또는 법원들에 대한 언급	134
라. 국가와의 관련에 대한 언급	134
VII. 다른 국제문서와의 관계(제26조)	136
1. 일반적인 내용	136
2. 양립가능한 해석의 원칙(제26조 제1항)	136
3. 모든 당사자들이 다른 조약의 당사자국인 국가에 거주하는 경우 (제26조 제2항)	137
4. 비체약국과 먼저 체결한 다른 조약과의 관계(제26조 제3항) ..	138
5. 재판의 승인 또는 집행 과정에서 발생하는 다른 조약과의 순위 충돌 해결(제26조 제4항)	139
6. 특정 사항(specific matter)에 관한 선언과 다른 조약과의 관계(제26조 제5항)	140
7. 지역경제통합기구의 규칙과의 관계(제26조 제6항)	141
가. 제26조 제6항 a호와 브뤼셀 I bis와의 관계	141
나. 제26조 제6항 b호와 브뤼셀 I bis와의 관계	142
제6장 최종조항	142
I. 서명, 지분, 수락 및 승인 또는 가입(제27조)	143
II. 불통일법체계에 관한 선언(제28조)	143
III. 지역경제통합기구(제29조)	144
IV. 회원국이 없는 지역경제통합기구의 가입(제30조)	145
V. 발효(제31조)	146
VI. 선언(제32조)	147
VII. 폐기통고(Denunciation, 제33조)	147
VIII. 수탁자에 대한 통지(제34조)	148

제7장 우리 법과의 異同- 우리나라의 협약 가입과 관련하여 149

I. 국제사법상의 재판관할합의, 약관의 규제에 관한 법률의 적용범위 확정	149
1. 문제의 제기	149
2. 약관규제법의 국제적 강행규정성	150
3. 국제사법 규정 및 약관규제법의 통제가 적용되는 범위	150
II. 국제재판관할을 결정하는 기준과 관련한 문제	151
1. 우리 법의 태도	152
2. 협약의 규율 및 시사점	153
III. 관할 합의의 법적 성격 결정 - 우리법의 논의와 협약의 비교 154	
1. 우리 법의 논의	155
가. 학설의 입장	155
나. 대법원 판례의 입장	155
다. 협약의 규정	156
라. 결론	156
IV. 전속적 국제재판관할합의가 유효하기 위한 요건	157
1. 우리 법상 전속적 국제재판관할합의가 유효하기 위한 요건 ...	158
가. 명문의 규정의 존재 여부	158
나. 대법원 판례의 입장 - 합리적 관련성 요건의 요구	159
다. 종래 민사소송법 학계의 입장	160
2. 외국의 동향.....	160
가. 미국	160
나. 일본	161
다. 각종 국제 규범	162
3. 대법원 판결에 대한 비판	162
V. 재판의 승인 및 집행과 관련한 논의	163

1. 우리 법의 규율	167
가. 재판의 승인과 관련해서	167
나. 재판의 집행과 관련해서	171
2. 협약의 규정 및 시사점	172
가. 재판의 승인과 관련해서	172
나. 재판의 집행과 관련해서	175
VI. 손해배상과 관련한 논의	177
VII. 보험계약과 재보험계약(제17조) - 특히 징벌적 손해배상 부분 관련해서	178
VIII. 인터넷과 전자상거래(e-commerce)와 관련된 논의 ..	179
IX. 국제재판관할합의계약의 실효성 확보를 위한 노력	180
1. 국제사법에 국제재판관할합의에 관한 규정 마련의 필요성	180
2. 소송유지명령, 배상 조항(indemnity clause)에 대한 근거 마련	181
가. 소송유지명령의 근거 마련	181
나. 배상조항의 근거 마련	183
X. 부적절한 법정지의 법리 도입의 가능성?	184
XI. 우리 나라가 협약 가입시 취해야 할 조치	185
 제8장 결론	 186
 참고문헌	 190
 [부록 1] 헤이그 재판관할합의협약 국영문대역	 195
 Abstract	 231

제1장 서론

I. 국제거래와 관련된 분쟁을 해결하기 위한 수단 - 소송과 중재

국내거래에서 분쟁이 발생할 경우 소송 제도를 많이 이용하지만, 국제거래에서 분쟁이 발생할 경우 현재는 중재 제도를 많이 이용한다. 국제거래에서는 발생 가능한 분쟁을 통일적으로 규율할 수 있는 법원이 존재하지 않는다. 또한, 중재절차를 이용하면 당사자들의 합의 하에 중립적이고 전문적인 제3자에 의해 판단을 받을 수 있으며, 비교적 절차 형성이 자유롭다. 이러한 이유로, 국제사회는 일찍이 외국중재재판의 승인 또는 집행에 관해서 “외국중재판정의 승인 또는 집행에 관한 1958년 뉴욕협약”(1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 이하 “뉴욕협약”¹⁾)을 제정해서 국제거래의 분쟁을 해결해 오고 있었다.

국제중재와 대비해서, 각 국가들의 사법 시스템을 이용해서 국제분쟁을 해결하려는 시도는 계속되어 왔다. 이 논의는 크게 당사자들이 외국 법원을 재판관할법원으로 자유롭게 합의할 수 있을 것, 그리고 외국 재판의 승인 및 집행을 일정한 요건 하에 보장함으로써 외국에서 선고받은 판결의 실효성을 확보하는 것을 주요 내용으로 삼고 있었다. 소송절차는 중재절차에 대비해 볼 때, 미리 축적된 선례를 통해 판결의 결론이 어떻게 날 수 있는지를 사전에 예측할 수 있다는 장점이 있다. 절차가 어떻게 진행되고 개시되는지를 사전에 판단할 수 있다는 점, 일반적으로 단심으로 진행되는 중재절차와는 다르게 상소가능성을 보장함으로써 잘못된 재판을 시정할 수 있다는 장점 또한 존재한다. 중재절차가 내세우는

1) 석광현, “2005년 헤이그 재판관할합의 협약의 소개”, 국제사법연구 11호(2005), 193면 이하. 우리나라는 뉴욕협약에 1973년 8월 2일에 가입(accession)했으며, 해당 협약은 1973년 9월 3일 발효했다. 현재 뉴욕협약의 가입국 현황 및 국가별 발효 시기와 관련해서는 헤이그국제사법회의 홈페이지에 있는 자료를 참조(http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)

장점인 신속한 결론 도출은, 중재 판정부 구성 및 중재지 결정 합의에 드는 시간을 고려해 볼 때 의문이 제기되어 왔다. 비용 문제 또한 소송 절차에서는 이미 형성된 국가의 제도를 이용하는 것에 대비해서 중재절차에서는 중재 판정부를 직접 구성해야 한다는 점에서 더 이상 중재절차를 이용하는 것이 소송 절차를 이용하는 것에 비해 장점을 갖는다고 보기는 어려운 상황이 되었다.

II. 국제거래에서의 분쟁을 소송절차를 통해 해결하기 위한 시도²⁾

비록 지역적인 규모이기는 했지만 이미 존재하는 소송 절차를 이용해서 국제분쟁을 해결하려는 시도는 주로 유럽 국가들을 중심으로 꾸준히 있어왔다. 다수의 국가들이 존재하고 있으며, 국가들 사이에 실제로 국제거래가 활발하게 이루어지고 있다는 사회문화적 배경이 그 원인이었다.

1969년 헤이그국제사법회의(Hague Conference on Private International Law)에서 “민사 및 상사사건의 외국재판의 승인 또는 집행에 관한 1971년 헤이그협약”(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, 이하 “1971년 협약”이라 한다)이 논의되었다. 그리고 동 협약은 1971년 2월 1일 발효되었다.³⁾ 그러나 1971년 협약은 발효 당시를 기준으로 협약 비준국이 네덜란드, 포르투갈, 키프로스 세 나라밖에 없었다는 한계가 있었다.⁴⁾ 또한, 동 협약이 기능을 발휘하기 위해서는 협약 외에도 체결국 간 별도의 부속협정(Supplementary Agreement)를 체결해야 하는 복잡한 구조를 취하고 있었다.⁵⁾

2) Ronald A. Brand and Paul M. Herrup, The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements: Commentary and Documents(New York, Cambridge University Press, 2008), pp. 5-10. 부분을 참조.

3) <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=78>

4) <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=78> 2002년에는 쿠웨이트, 2010년에는 알바니아가 가입해서 현재는 5개국이 당사국이다.

5) <https://assets.hcch.net/docs/bacf7323-9337-48df-9b9a-ef33e62b43be.pdf> Chapter V - SUPPLEMENTARY AGREEMENTS 부분. 석광현, “헤이그국제사법회의 「民事 및 商事事件의 國際裁判管轄과 外國裁判에 관한 협약」 예비초안”, 국제

1968년 유럽공동체(EC)는 “민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국 판결의 승인·집행에 관한 협약”(Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 이하 “브뤼셀 협약”이라 한다)을 체결함으로써 재판의 승인 또는 집행뿐만 아니라 관할에 관하여서도 통일적인 기준을 마련하고자 했다. 그러나 브뤼셀 협약은 태생적으로 지역 경제 공동체를 예정하고 설계되었기에, 세계적(global)으로 통일된 재판의 승인 기준으로 사용되기에는 부족한 부분이 있었다.⁶⁾ 브뤼셀 협약이 “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽연합의 이사회규정”(Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 이하 “브뤼셀 I 규정”이라 한다)으로 대체(replacement)되었을 때에도 동 규정의 국제적인 활용가능성은 여전히 의문시되었다.⁷⁾ 브뤼셀 I 규정을 기초로 작성한 병행협약(parallel convention)인 “민사 및 상사에 관한 재판관할과 판결의 집행에 관한 협약”(Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 이하 “루가노 협약”이라 한다)⁸⁾은 EC국이나 EFTA국이 아니라면 가입시 현존하

사법과 국제소송 제2권(2001), 399면 각주 14)

- 6) 협약에 관한 주된 비판은, 계약국들 간에는 과잉관할(exorbitant jurisdiction)의 적용을 배제하면서도 역외국가들에 대한 관계에서는 이를 허용함으로써 이들을 차별한다는 점에 있다. 예를 들어 프랑스인은 과잉관할을 정한 프랑스 민법 제14조, 제15조를 근거로 한국인을 상대로 파리에서 소를 제기하여 일단 승소판결을 받은 후, 한국인이 재산을 가지고 있는 다른 계약국에서 동 판결을 집행할 수 있게 되는 것이다. 석광현, “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽공동체협약(일명 브뤼셀 협약)”, 국제사법과 국제소송 제2권(2001), 367면. 과잉관할은 당사자 또는 문제된 법적 쟁송과 법정지 사이에 유형적으로 보아 합리적이고 실질적인 관련이 없음에도 불구하고 인정하는 국제재판관할을 의미한다. 석광현, 국제재판관할에 관한 연구(2001), 29면.
- 7) Brand/Herrup(註 2), p. 6. 이와 같은 문제의식에서 유럽연합 위원회의 제안에 의해 개정된 브뤼셀 I bis (REGULATION (EU) No 1215/2012 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast))에서는 피고의 주소지가 유럽 연합 내에 있는 경우에만 적용되는 브뤼셀 I 규정과는 달리, 역외 국가에 주소를 둔 피고에게도 확대 적용을 피하고 있다(브뤼셀 I bis 제25조)

는 계약국들이 만장일치로 당해 국가의 가입에 동의를 해야 한다는 점⁹⁾에서 브뤼셀 I 규정과 마찬가지로 국제적인 기준으로 사용되기에는 부족한 면이 있었다.

III. 헤이그 재판관할합의에 관한 협약의 도입

1992년 5월 미국 국무부(U.S. Department of State)의 법률고문(Legal Adviser)인 Edwin Williamson이 헤이그국제사법회의에 재판의 승인 또는 집행에 관한 다자간 협약 체결을 위한 협상을 제안했다.¹⁰⁾ 헤이그국제사법회의에서는 재판관할, 재판의 승인 또는 집행에 관해 세계적인 규율을 할 필요가 있다 보았고, 민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국 재판에 관한 전 세계적인 협약(Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters)을 채택하기 위한 작업을 개시하였다.¹¹⁾ 1999년 10월 동 협약의 예비초안(Preliminary Draft, 이하 “예비초안”이라 한다)이 완성되었으며, 2001년에는 1999년의 예비초안을 수정한 임시텍스트(“2001년 초안”)¹²⁾가 작성되었다. 그러나 회원국들(특히 미국과 유럽)간의 견해차이로 인해 최종 협약으로 채택되지 못하였다. 이는 주로 미국의 소송 전 증거개시제도와 같은 미국 특유의 민사소

8) 이는 당시 유럽공동체국가들과 EFTA 국가들(아이슬란드, 리히텐슈타인, 노르웨이, 스위스)이 재판의 승인 또는 집행을 통한 유럽공동체와의 법적·경제적 협력을 강화하기 위하여 1988년 9월 16일 루가노에서 체결한 협약이라 한다. 석광현(註 5), 325면.

9) 루가노 협약 제62조 제1항 (b) other States which have been invited to accede upon a request made by one of the Contracting States to the depositary State. The depositary State shall invite the State concerned to accede only if, after having communicated the contents of the communications that this State intends to make in accordance with Article 63, it has obtained the unanimous agreement of the signatory States and the Contracting States referred to in Article 60 (a) and (b).

10) 석광현, “민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국재판의 승인 또는 집행에 관한 헤이그협약,” 국제사법연구 제2호(1997), 115면 이하 참조.

11) 석광현(註 5), 396-397면.

12) 석광현, “헤이그국제사법회의 「民事 및 商事事件의 國際裁判管轄과 外國裁判에 관한 협약」 2001년 초안”, 국제사법과 국제소송 제3권(2004), 430-431면.

송제도와 대륙법계 민사소송제도와와의 차이에 근거한 것들이었다. 또한, 협약의 적용 대상이 되는 재판관할합의를 어느 범위에서 인정할 것인지 - 협약의 적용대상을 전속적 재판관할합의에 한정할 것인지, 비전속적 재판관할합의 또한 규율 대상으로 포함할 것인지 - 에 대한 논의 또한 꾸준히 있어 왔다. 이후 특별위원회의 논의 결과 협약의 범위를 전속적 재판관할합의에 한정하기로 하였으며¹³⁾, 2005년 6월 30일 “관할합의에 관한 협약”(The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements, 이하 “협약”이라 한다)이 채택되었다.¹⁴⁾¹⁵⁾

IV. 연구의 목적과 그 범위

협약의 성안 단계에서 우리나라는 협약에 큰 관심을 가졌던 바 있으며, 실제로 헤이그국제사법회의에 예비초안에 대한 의견서를 제출한 바 있다.¹⁶⁾ 그럼에도 불구하고 아직까지 협약에 가입한 바는 없다. 협약이 이미 발효되어 시행되고 있으므로 협약에 가입할 것인지, 가입한다면 우리 기업들 입장에서는 어떠한 장점이 있는지, 반대로 협약에 가입할 경우 어떠한 점이 문제가 될 수 있는지를 미리 알아볼 필요가 있다. 그러기 위해서는 협약 조문에 대한 전반적인 분석이 필요한 바, 본고에서는 이에 대한 검토를 하고자 한다. 국가 전체 경제에서 국제거래가 차지하

13) 이와 같은 협상의 결과를 용두사미(The elephant gave birth to a mouse)라 보는 견해도 있다. Jeffrey Talpis and Nick Krnjec, “The hague convention on choice of court agreements of June 30, 2005: The elephant that gave birth to a mouse”, Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas Vol.13(1)(2007), p. 4. 그러나 이 입장에서 B2B(Business to business)거래에서의 재판관할합의에 관한 법적인 골조물을 도출해냈다는 점은 환영받을 만하다고 서술하고 있다.

14) 석광현(註 1), 192면 이하.

15) <https://www.hcch.net/en/instruments/specialised-sections/choice-of-court> 2007년 9월 멕시코가 협약에 최초로 가입했다. 유럽연합은 2009년 4월에 협약에 서명하였고, 2015년 10월 1일 발효했다(덴마크 제외). 미국은 2009년 1월 협약에 서명하였으나 아직 비준하지 않았다. 아시아에서는 싱가포르가 2015년 3월 협약에 서명하였고, 2016년 10월 발효하였다.

16) 석광현(註 1), 194면. 의견서 텍스트는 https://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pdl4kr.pdf 참조.

는 비중이 높은 우리나라의 상황을 고려해 볼 때, 협약에 가입하는 것이 우리에게 도움이 된다면 이를 촉구하고자 한다.

협약은 중재절차에서 뉴욕협약이 수행하고 있는 역할에 상응하는 역할을 소송절차에서도 수행하려는 목적에서 제정된 것이다. 협약은 크게 다음과 같은 3가지를 핵심원리로 삼고 있다.¹⁷⁾¹⁸⁾ 첫째, 전속적 관할합의가 있는 경우, 합의가 무효가 아닌 한 선택된 국가의 법원은 확실하게 재판관할을 가지고 이를 행사하여야 한다(협약 제5조 제1항, 이하 조문만 기재). 둘째, 다른 국가의 법원은 예외사유가 없는 한 재판관할을 부정해야 한다(제6조). 셋째, 일정한 예외적인 사유가 없는 한 관할합의에 기초하여 어느 체약국에서 선고된 판결을 다른 체약국들에서 승인 또는 집행될 수 있도록 보장한다(제8조). 협약은 이와 같은 원리를 제1장-제5장에 걸쳐서 구체화하고 있다.

이 논문에서는 우선 협약이 어떠한 경우를 전속적 관할합의의 적용대상으로 삼고 있는지, 반면 어떠한 경우를 적용범위에서 제외하는지를 먼저 확정한다. 그 과정에서 협약에서 사용되는 주요 개념들을 함께 검토한다(제2장). 이후 전속적 관할합의에 의해 당사자들이 선택한 법원은 어떠한 의무를 부담하는지, 반면에 선택되지 않은 법원은 이 경우에 어떠한 조치를 취해야 하는지를 검토한다(제3장). 전속적 관할합의에서 지정된 체약국의 법원이 선고한 재판은 협약에 의해 다른 체약국에서 승인되고 집행되는바, 그 과정에서 문제될 수 있는 쟁점들을 조문별로 검토한다(제4장). 협약은 특정한 계약 혹은 거래와 관련해서 영향을 줄 수 있는 주요한 조문들을 별도로 규정하는바, 이와 관련된 내용들을 차례로 검토한다(제5장). 마지막으로 국제사법조약에서 일반적으로 규정하고 있는 조항들을 본 후(제6장), 협약이 우리에게 어떠한 시사점을 주는지¹⁹⁾

17) 영국의 Trevor C. Hartley 교수와 일본의 Masato Dogauchi교수가 공동으로 작성한 협약에 관한 보고서(이하 “Hartley/Dogauchi 보고서”라 한다) para. 1. 이는 당해 협약 체결과 관련해서 작성된 예비문서 26(Preliminary Document No. 26)에 해당한다.

18) Brand(註 2), pp. 11-15. 동 저서에서는 상호적 선언의 요건을 갖추었다면 비전속적 재판관할합의도 협약을 적용할 수 있다는 제22조를 네 번째 추가적인 구성원리라 본다.

19) 예를 들어, 미국이 협약에 가입할 것을 제안하면서 이 경우 B2B거래에서 외국

를 분석, 협약 가입을 촉구하며 본고를 마무리하고자 한다.

제2장 협약에 관한 논의

I. 개관

서론에서 이미 본 바대로, 협약은 1) 당사자들 간의 전속적 관할합의가 있는 경우, 지정된 법원은 그 국가의 법률에 따라 합의가 무효가 아닌 한 그 합의가 적용되는 분쟁을 재판할 관할을 가지며(제5조), 2) 선택된 법원의 국가 이외의 체약국의 모든 법원은 예외사유가 없는 한 소송 절차를 중지하거나 각하하여야 하며(제6조), 3) 협약에 명시된 거부사유가 없는 한 전속적 관할합의에 기초하여 어느 체약국에서 선고된 재판을 다른 체약국에서 승인 또는 집행할 수 있도록 보장하는 것(제8조, 제9조)을 기본 구조로 삼는다.²⁰⁾

제2장에서는 협약이 적용 대상으로 삼는 전속적 관할합의의 개념을 어떻게 볼 것인지, 국제거래에서 관할합의의 법적 성격을 당사자들이 명시하지 않았으면 전속적으로 보는 것을 선호하는 이유가 무엇인지, 협약의 제정과정에서 협약의 적용 범위로부터 광범위하게 제외된 사유들이 어떠한 것들이 있으며 그러한 이유는 무엇인지를 검토한다.

II. 협약 전문

이 협약의 당사국은 제고된 사법적 협력을 통하여 국제 무역과 투자를 촉진하기를 희망하고, 그러한 협력이 민사 또는 상사사건의

기업들이 미국 법원을 전속적 재판관할합의 법원으로 선택하는 것에 주저함이 없게 될 것이라고 보는 입장이 있다. Nanda, Ved, "The Landmark 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements", Texas International Law Journal, Summer 2007, Vol.42(3), p. 787.

20) Brand/Herrup(註 2), p. 5-10. Hartley/Dogauchi(註 17), paras 2, 3, 91, 116, 135. 석광현(註 1), 192면 이하.

재판관할과 외국재판의 승인 및 집행에 관한 통일규칙에 의하여 제고될 수 있음을 확신하여, 그러한 제고된 협력은 특히 상사거래의 당사자들 간의 전속적 관할합의에 확실성을 부여하고 그의 효력을 보장하며, 또한 그러한 합의에 기초한 소송의 결과로서의²¹⁾ 재판의 승인 및 집행을 규율하는 국제적인 법제를 필요로 함을 확신하여 이 협약을 체결하기로 결정하고 다음의 규정에 합의하였다.

협약 전문에서는 협약이 어떠한 목적에서 작성되었는지를 서술하고 있다. 협약 전문이 담고 있는 기본적인 정신은 제1조 이하에서 협약을 해석함에 있어서 염두에 둘 필요가 있다.

Ⅲ. 협약의 적용 범위²²⁾(제1조 제1항)

제1조 범위²³⁾

1. 이 협약은 국제적인 사건에서 민사 또는 상사사건에서 체결된 전속적 관할합의에 적용된다.
2. 제2장의 목적상, 당사자들이 동일한 체약국에 거주하고 당사자들의 관계와 분쟁에 관계된 모든 요소들이 그 국가에만 관련된 경우가 아니라면, 사건은 선택된 법원의 장소에 관계없이 국제적이다.
3. 제3장의 목적상, 외국판결의 승인 또는 집행을 구하는 경우 사건은 국제적이다.

협약은 (1) 사건(case)이 국제적(international)이고, (2) (협약 제22조의 선언을 한 경우가 아닌 이상) 당사자 간에 체결된 계약이 그 내용으

21) “Resulting”

22) Brand/Herrup(註 2), pp. 15-19.

23) 이하 협약의 원문 및 국문 번역본은 석광현(註 1), 369면 이하 참조.

로 전속적 관할합의를 포함해야 하며 (3) 민사 혹은 상사 문제와 관련이 있는 경우를 적용대상으로 삼는다.

1. ‘국제적’인 ‘사건’(A case which is international)일 것

가. ‘국제적(International)’의 의미

협약에서는 ‘국제적’이라는 용어를 제2장 ‘재판관할’에서와 제3장 ‘승인 또는 집행’에서 각각 달리 사용한다. 이는 협약 제1조 제2항, 제3항에서 ‘국제적’이라는 용어를 각각 달리 규정하고 있기 때문이다.

(1) 관할에 있어서 ‘국제적’의 의미(제1조 제2항)

협약 제2장의 목적상, 가) 당사자들이 동일한 체약국에 거주하고 나) 당사자들의 관계와, 분쟁에 관계된 모든 요소들이 그 국가에만 관련된 경우가 아니라면, 사건은 당사자들이 합의한 법원의 장소에 관계없이 국제적이라 본다. 동 협약의 반대해석상 가) 한 명 이상의 당사자가 서로 다른 체약국에서 거주하거나 나) 분쟁과 관련된 하나 이상의 요소가 해당 국가 외의 다른 국가와 관련이 있으면 협약의 적용 대상이 된다.

가) 요건과 관련해서는 ‘거주’ 개념의 해석이 문제된다. 자연인과 관련해서는 ‘거주(residence)’가 무엇을 의미하는지에 대해서, 협약에서 명시적으로 언급하고 있는 바는 없다. 이 점에 대해서는 협약의 기준에 의하기보다는 각국의 국내법(national law)에 의해 결정할 문제라 보는 견해가 있다.²⁴⁾ 반면 단체 또는 자연인 이외의 사람은 a) 정관상의 본거지 b) 설립 또는 조직의 준거법 소속국 c) 경영의 중심지 d) 주된 영업소 소재지의 국가에 거주하는 것으로 본다(협약 제4조 제2항).

나) 요건과 관련해서는 우선, 당사자들의 관계가 무엇을 의미하는지, 분쟁에 관계된 요소들이 무엇을 의미하는지는 협약에 명시적인 개념 정

24) Brand/Herrup(註 2). p. 50.

의가 없다. 이 또한 가)에서 본 것처럼 각국의 국내법에 의해 결정할 사항이라 본다.

어느 시점을 기준으로 사건이 ‘국제적’임을 판단하는지에 관해서도 협약에서 명시적으로 정한 바는 없다. 이는 결국 국내법의 해석에 맡겨진 문제인 바 (1) 관할합의시를 기준으로 판단하는 견해 (2) 소 제기시를 기준으로 판단하는 견해 (3) 관할합의시와 소 제기시 모두 ‘국제적’인 경우에만 요건을 충족한다는 견해 (4) 관할합의시 또는 소 제기시 중 한 경우에만 ‘국제적’인 경우이면 된다는 견해 등을 상정해 볼 수 있다.²⁵⁾ 협약에서 언급하는 국제성을 관할합의시점을 기준으로 결정한다면, 협약의 적용 대상이 될 것인지에 대해서 계약을 체결하는 시점에서 확정할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 협약 제1조 제2항의 ‘국제적’이란 말은 ‘사건’에 적용되는 것일 뿐, 사전의 ‘합의’에 적용되는 것이 아님은 문언상 명백하다. 또한 협약이 추구하는 목적 중 하나는 최대한 많은 가입국들을 확보함으로써 그 적용 범위를 넓히려는 것인바, 정책적으로는 당해 협약의 적용 범위를 넓히기 위해 판단 시기를 늦출 필요가 있다.²⁶⁾ 즉, 관할합의시에는 사건이 ‘국제적’인 경우라 볼 수 없는 경우더라도 당사자가 다른 계약국으로 이동하거나 분쟁과 관련해서 외국적인 요소가 개입할 여지가 있는 것이다. 합의시와 소 제기시에 모두 국제적이어야 한다고 보는 견해는 국제성을 가장 엄격하게 해석하는 견해로, 협약의 적용 범위를 가장 좁히는 결과를 가져온다. 이는 협약의 제정 목적에 반하는 결과를 낳을 수 있다. 반면, 합의시 혹은 소 제기시 중 어느 한 경우에만 국제적이기만 하면 협약의 적용 대상이 된다고 보는 견해는 협약의 적용 범위를 가장 확대할 수 있다는 점은 있으나, 반대로 당사자들의 예측가능성을 떨어뜨려 불확실성을 초래할 위험 또한 크다고 본다.²⁷⁾ ‘국제적’임을 판단하는 기준 시점으로는 협약의 문언을 고려해 본다면 소 제기시점을 기준 시점으로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 실제로 소가 제기되기 전에는 ‘사건(case)’이라는 개념을 상정할 수 없다. 또한, 일반적

25) Brand/Herrup(註 2), p. 51.

26) Brand/Herrup(註 2), p. 51.

27) Brand/Herrup(註 2), p. 53.

으로 국제거래관계는 국내거래관계보다 변동가능성이 크기 때문에, 관할 합의 단계에서 당사자들이 ‘국제성’을 예측하고 이를 반영해서 계약을 체결할 것은 기대하기 어렵기 때문이다.

(2) 재판의 승인 또는 집행에 있어서 ‘국제적’의 의미(제1조 제3항)

협약 제3장의 목적상, 외국판결의 승인 또는 집행을 구하는 경우 사건은 국제적이다. 재판 개념은 협약 제4조 제1항에서 정의하고 있다. 재판은 ‘본안’에 관한 것이어야 하는데, 본안이 무엇인지에 대해서는 협약에서 정의내리고 있지는 않다. 다만, 임시적 보호조치(interim measures of protection)를 포함하지 않는다는 점은 협약 조문에서 명백하다(제7조).

제1조 제2항에 의해 ‘국제적’이라 판단되지 않은 사건도 제3항에 의해 ‘국제적’이라 판단될 수 있다.²⁸⁾ 예컨대 동일한 체약국에 거주하는 당사자들이 그들의 사건과 아무런 관련이 없는 국가를 관할법원으로 지정하는 합의를 하는 경우가 있을 수 있다.²⁹⁾ 이 경우 제1조 제2항의 정의에 따르면 해당 사건은 ‘국제적’이라 판단할 수 없다. 재판의 승인 및 집행에 있어서 동조 동항의 개념을 그대로 차용한다면, 협약에서 규정하는 내용대로의 판결의 승인 또는 집행을 구할 수 없다. 이러한 경우를 막기 위해서 제1조 제3항에서는 외국판결의 승인 또는 집행을 구하는 경우 사건은 국제적이라고 보고 있는 것이다. 즉, 원칙적으로 체약국 법원 외의 법원에서 받은 판결을 다시 체약국에서 집행을 하게 되면 이는 ‘외국 판결’의 승인 또는 집행을 구하는 경우이므로 협약 제1조 제3항의 ‘국제적’이라는 범주 내에 포함된다. 따라서 체약국이 승인 또는 집행을 제한하는 선언을 한 경우가 아니거나(제20조), 재판이 요청받은 국가에서 동일한 당사자들 간의 분쟁에 관해 선고된 재판과 양립하지 않는 경우가 아니라면(제9조 f호)³⁰⁾, 협약에 의해 재판의 승인 또는 집행이 가능하다.

28) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 44.

29) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 45.

30) Hartley/Dogauchi(註 17), paras. 45-46.

나. '사건(Case)'의 의미

협약에서 '사건'의 개념을 직접 규정하고 있지는 않다. 이에 대해서 제 3조 a호의 '분쟁'과 '법정'이라는 개념으로부터 '사건'의 개념을 직접 도출해낼 수 있다고 보는 견해가 있다.³¹⁾ 즉 어떠한 법률적인 분쟁이 있으며, 이러한 분쟁이 법정에서 해결이 가능한 것이라면 '사건'이라 볼 수 있다는 의미이다.

2. 전속적 관할합의(Exclusive choice of court agreement)가 행해졌을 것

일반적으로 국제 민사소송법에서의 전속적 관할합의는 특정국가의 법원에만 국제재판관할권을 부여하는 합의³²⁾를 의미한다. 협약은 제3조 a호에서 직접 개념을 정의하고 있다.

가. 전속적 관할합의의 정의(제3조 a호)

'전속적 관할합의'는 둘 또는 그 이상의 당사자들에 의하여 체결되는 계약으로서, c호의 요건을 구비하고, 특정한 법률관계와 관련하여 발생하였거나 발생할 수 있는 분쟁을 재판할 목적으로, 하나의 계약국의 법원들, 또는 하나의 계약국 내의 하나 또는 둘 이상의 특정한 법원들을 지정하고 다른 모든 법원들의 관할을 배제하는 계약을 의미한다. 당해 조문을 분설해보면, 1) 합의가 있을 것 2) 법원 혹은 법원들을 지정할 것 3) 관할의 지정이 다른 법원들을 배제하는 합의일 것 4) 그러한 지정이 특정한 종류의 분쟁을 해결하기 위한 것일 것이 요구된다.

1) 당사자 간에 합의가 있을 것을 요구한다. 당사자간의 합의가 있는 것으로 확정된 후에야 사기, 강박, 능력 등 합의의 효력 여부³³⁾가 문제된

31) Brand/Herrup(註 2), p. 49.

32) 석광현, 국제민사소송법(2012), 116면.

33) 대륙법계도, 영미법계도 계약의 성립요건과 유효요건을 구별한다, 합의의 존재는

다.

2) ‘지정’은 특정한 법원을 분쟁 해결 기관으로서 당사자의 의사에 의해서 구체적으로 정하는 것을 의미한다. 협약에서는 법원(court)의 개념을 별도로 규율하지는 않는다.³⁴⁾ 이는 한 사법 체계 내에서의 모든 법원을 다 포함하는 개념이라 보는 견해가 있다.³⁵⁾ 그러나 당사자로서는 심급관할을 무시하고 처음부터 최고법원에서 재판을 받을 수 없으므로 비록 해당 국가 내에서 심급 간 관할위반으로 인한 이송이 허용되는 경우³⁶⁾라 하더라도 기본적으로 제1심 법원으로 범위를 한정해서 해석하는 것이 타당하다고 본다.

3) ‘전속적(exclusive)’이라는 개념을 어떻게 볼 것인지에 대해서는, 협상 과정에서부터 많은 논쟁이 있어 왔다.³⁷⁾ 즉 전속적 관할합의의 개념을 어떻게 정의할 것인가, 그리고 어떻게 ‘지정’하는 것을 전속적이라 볼 것인가에 대해서 논의가 있었던 것이다. 합의 과정에서 최종적으로 도출된 결과가 제3조 a호이다.³⁸⁾ 합의는 전속적일 것을 요구한다. 명시적으로 전속적 관할합의를 한 경우는 그 내용에 따르면 되므로 문제될 여지가 없다. 그러나 합의 내용만으로는 관할합의의 성격을 알 수 없는 경우가 있을 수 있다. 이와 같은 경우에 대비해서 협약은 하나의 체약국의 법원들 또는 하나의 체약국 내의 하나 또는 둘 이상의 특정한 법원들을 지정하는 관할합의는 전속적인 것으로 본다(제3조 b호)³⁹⁾고 규정하고 있

계약의 성립요건에 해당한다. 영미법계의 논의로는 The Common Core Of European Contract Law : Mistake, Fraud, and Duties To Inform In European Contract Law 5 6 (Ruth Sefton-Green ed., 2005), Brand/Herrup(註 2), p. 41. 각주 1에서 재인용.

34) 한편, 협약 제2조 제4항에 의해 중재절차는 명백하게 배제된다.

35) Brand/Herrup(註 2), p. 42.

36) 이시윤, 신민사소송법 제8판(2014), 116면. 상급심법원을 제1심법원으로 하여 소 제기한 경우에는 당사자가 다른 법원의 재판을 받지 않을 의사를 명확히 한 때에는 바로 소를 각하할 것이라는 견해도 있으나, 심급관할의 문제는 공익적인 것이므로 당사자의 의사를 고려함이 없이 관할법원으로 이송하는 것이 타당하다는 것이 다수 견해라고 서술하고 있다. 이에 관해서 아직까지 대법원 판례는 없는 것으로 보인다.

37) Brand/Herrup(註 2), p. 42.

38) 체약국 내의 법원뿐만 아니라 비체약국내의 법원을 지정하는 합의도 유효하다고 보자는 견해, 적용대상을 비전속적 관할합의에까지 확대하자는 견해가 있었다.

다. 가령 미국은 실무적으로 국제재판관할합의의 법적 성격에 대해서는 별도로 언급을 하지 않는 이상 일반적으로 비전속적인 합의라 보고 있다. 협약은 이와 같은 실무 관행에서 발생하는 불확실성을 제거하고자 한다.⁴⁰⁾ 또한, 추정(presumed)이라는 용어 대신 의제(deemed)라는 용어를 사용함으로써 증거법상 더 강한 효력을 부여하고 있다.

4) 지정이 특정한 종류의 분쟁을 해결하기 위한 것이라는 것은, ‘민사 혹은 상사사건’에서 발생할 수 있는 분쟁을 법적으로 해결하기 위해서 법원을 지정할 것이라는 의미이다.

나. 전속적 관할합의의 방식(제3조 c호)

전속적 관할합의는 서면⁴¹⁾ 또는 추후 참조를 위하여 사용될 수 있도록 정보에의 접근을 가능하게 하는 그 밖의 통신수단에 의해 작성 또는 체결되어야 한다(제3조 c호). 뉴욕협약에 대비해서 볼 때, 서면 외의 부분(제3조 c호 ii))이라는 법 문언이 추가되었다.⁴²⁾⁴³⁾ 이는 전자문서를 통

39) 반대로, 당사자들이 ‘명시적’으로 관할법원을 비전속적인 것으로 볼 여지도 있다.
40) John Boutari and Son v. Attiki Importers, 22 F.3d 51 (2d Cir. 1994)(collecting cases)

41) 당해 서면의 유효성은 서명의 유효여부와는 관계가 없다고 본다. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 112.

42) 당사자가 구두로 합의하고 그 중 일방당사자가 합의내용을 문서화한 경우는 동조의 요건을 충족한 것으로 본다. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 114. 이는 합의 자체가 문서에 의해야 하는 뉴욕협약과는 구별되는 점이다. 뉴욕협약상 서면에 의한 합의라 함은 당사자들에 의하여 서명되었거나 서신 또는 전보 교환 속에 담긴, 주된 계약의 중재조항 또는 중재합의를 포함한다(뉴욕협약 제2조 제2항). 양 당사자가 서명한 계약서, 또는 양당사자가 각각 작성한 문서를 서로 교환하는 경우는 이 요건에 해당하지만, 서면청약을 구두로 승낙하거나 구두 청약을 서면으로 승낙하는 것, 당사자 간의 구두합의를 사후에 서면으로 확인하는 것은 이 요건을 구비하지 못한다고 본다. 석광현, “국제상사중재에서의 중재합의에 관한 법적 문제점 - 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다20180 판결이 제기한 제출서류 및 중재합의의 방식요건을 중심으로-”, 국제상사중재연구 제1권, 250면.

43) 브뤼셀 I 규정 제23조 제1항에서는 관할의 합의는 a) 서면에 의하거나, 또는 서면에 의하여 증명되는 구두합의 b) 당사자들 간에 형성된 관례에 부합하는 방식, 또는 c) 국제상거래에서 당사자들이 알고 있었거나 알고 있었어야 하는 관행에 부합하고, 나아가 관련 상거래분야에서 당해 유형의 계약의 당사자들에게 널리 알려져 있고 그들에 의하여 규칙적으로 준수되는 방식을 갖출 것을 요구한다. 제

한 계약 체결을 용이하도록 하기 위한 것⁴⁴⁾이다. 이는 1996년 전자상거래에 관한 UNCITRAL 모델법에서 차용한 형식이라고 한다.⁴⁵⁾

전속적 관할합의의 방식을 법에 규정한 이유는, 이러한 요건을 갖출 것을 요구함으로써 당사자가 어떠한 내용으로 합의를 한 것인지를 명확하게 하며, 추후 발생할 수 있는 분쟁에 대비해 증명을 용이하게 하는 측면도 있다. 당해 방식을 갖추지 못한 전속적 관할합의는 효력이 없으나⁴⁶⁾, 역으로 당해 요건만을 구비하면 협약상의 전속적 관할합의의 범주에 포섭될 수 있다는 것을 의미한다.⁴⁷⁾ 서면 형태로 체결(concluded)되거나 작성(documented)된 것이면 충분하다. 다른 별도의 요건을 요구하지는 않는다. 이는 비교적 완화된 형식 요건을 둠으로써 당해 협약의 적용범위를 최대한 확장시키려는 의도⁴⁸⁾⁴⁹⁾로 볼 수 있다. 실제로 제3조 제c

2항에서는 합의를 지속적으로 기록할 수 있는 전자적 수단에 의한 통신은 “서면”에 상당하다고 보고 있다. 규정 협상의 초기 단계에서는 a)호에 해당하는 서면에 의하거나, 또는 서면에 의하여 증명되는 구두 합의만이 인정되고 있었다. 그러나 ECJ가 Segoura 사건에서 협약 문언을 엄격하게 해석하는 판단을 한 후, 국제상사거래에서 실제로 활용되는 신속하고 간편한, 비형식적인(non-formalism) 방식을 규율대상에 포함하자는 논의가 있어왔다. 그 결과가 제23조 제1항 c)호 및 제23조 제2항의 규정이다. Paul Beaumont and Burcu Yüksel, “The Validity of Choice of Court under the Brussels I Regulation and the Hague Choice of Court Agreement Convention”, K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger and S. Symeonides (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kurt Siehr* (Eleven International Publishing, 2010), p. 565. 브뤼셀 I bis 제25조 제1항 a) - c)호 및 제2항에서도 동일한 내용을 규정하고 있다.

44) 소위 click wrap agreement를 인정한 것으로 볼 수 있다. click wrap agreement는 컴퓨터의 화면에 나타나고 상대방이 웹사이트를 보거나 웹사이트 상에서 제품을 구입하기 전에 일반거래약관에 동의하도록 하기 위해서 상대방에 대하여 동의 버튼의 클릭 요구를 하는 것을 말한다. 김희동, “헤이그 관할합의협약과 우리 국제재판관할합의 법제의 과제”, 법학논총 31호(2014), 46면.

45) Schulz, Andrea, “The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements”, *Journal of Private International Law* Vol.2 No. 2(2006), p. 250.

46) 다만 국내법에서 정한 관할합의의 요건을 충족한다면 비전속적 관할합의라 불여지는 있다. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 110, 각주 141)

47) 이는 국내법이 재판관할합의시 협약보다 더 엄격한 조건을 부여하는 경우, 국내법이 정한 조건을 만족시키지 못하더라도 협약상의 관할합의로서 효력이 있다는 의미이다. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 110.

48) Brand/Herrup(註 2), p. 45.

49) “서면”요건을 요구하는 것과 관련, 국가사법권을 배제한다는 점에서 중재합의는

호에서 나열하고 있는 모든 요건들을 다 구비할 것을 요구하는 것이 아니다.⁵⁰⁾ 계약국 법원은 단순히 특정한 언어로 작성되지 않았거나 외국어로 작성되었다는 이유만으로 관할합의의 효력을 거부할 수 없다.

예비초안 제4조 제2항의 문언은 “다음과 같이 체결되거나 확인(confirmed)된 경우였다.⁵¹⁾ 그러나 초안의 성안 과정에서 현재의 ‘작성(documented in writing)되어야 한다는 문구로 수정되었다. 이는 당사자간에 구두의 재판관할합의가 있었고, 일방당사자가 합의를 서면 형태로 작성하고 타방 당사자가 이를 확인하는 방법으로도 재판관할합의협약이 정하는 요건을 충족했다고 볼 수 있다고 여겨졌기 때문이었다. 이와 같은 문언 변경에 대해서는 반대가 없었다고 한다.⁵²⁾ 만약 전속적 관할합의가 서면에 의해 체결되었다면, 서명을 받을 필요나 확인을 한 당사자의 명시적인 언급이 필요 없다고 해석할 것이다.

만약 재판관할합의가 제3조 c호의 요건을 구비하지 못한다면, 해당 재판관할합의는 이 협약의 규율을 받지 않는다 - 이는 당사자들이 합의한 법원의 내국법에 의해 재판관할합의가 유효하다면, 설령 제3조 c호의 요건을 구비하지 못했더라도 당해 합의는 유효하다 의미이다. 또한 협약의 적용 대상에서 제외된 결과, 계약국의 다른 법원들이 당해 소송절차를 중지하거나 각하할 의무가 없으며, 판결 내용의 승인 및 집행의 의무도 없다.⁵³⁾

재판관할합의보다 그 형식적 엄격성이 더 강하게 요구된다고 할 수 있음에도 불구하고 모델중재법이 서면요건을 폐기할 수 있도록 허용하고, 실제로 그 요건을 폐기한 나라나 분쟁해결기관도 출연하고 있어 재판관할합의의 경우에도 더 이상 서면요건을 유지할 필요가 없다는 견해가 있다. 손경환, “국제재판관할합의에 대한 새로운 이해”, 국제사법연구 19(1), p. 438.

50) Spyridon Vrellis, “The Validity of a Choice of Court Agreement under the Hague Convention of 2005”, K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger and S. Symeonides (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kurt Siehr* (Eleven International Publishing, 2010), p. 768.

51) Vrellis(註 50), p. 766.

52) Vrellis(註 50), p. 767.

53) Vrellis(註 50), p. 770.

다. 전속적 관할합의의 독립성(제3조 d호)

계약의 일부를 구성하는 전속적 관할합의는 그 계약의 다른 조건들과는 독립적인 계약으로 취급된다(제3조 d호). 즉, 당해 계약이 유효하지 않다는 점만으로는 전속적 관할합의의 유효성을 다룰 수 없다. 이는 분리 가능 조항(Severability rule)⁵⁴⁾을 도입한 것이다. 이는 중재에서는 광범위하게 인정되는 조항⁵⁵⁾이라고 한다. 이 또한 협약의 적용범위를 넓히기 위한 시도이다. 또한, 전속적 관할합의가 유효가 아니라는 사실만으로도 이를 포함하는 계약이 무효라 볼 수는 없다. 이 조항은 관할합의의 독립성 심사가 주된 계약으로부터 독립하여 심사되어야 한다는 것 뿐, 어떠한 법률에 의해 행하여져야 하는지에 대한 규정은 아니라고 한다.⁵⁶⁾ 관할합의의 유효성의 판단에는 수소법원의 소속국의 계약법이 직접 적용되는 것이 아니라 수소법원의 소속국의 저축법에 의하여 적용가능하게 되는 계약법이 적용될 것이라 본다.⁵⁷⁾

동 조문에서는 명시적으로 계약의 유효성 여부만을 언급하고 있으나(가령 계약의 해지나 종료 사유에 대해서는 언급하고 있지는 않다), 이는 협약의 형식적 유효성을 판단하는 하나의 기준이 된다는 점에서 중요한 조문이라 본다.⁵⁸⁾

3. 민사 또는 상사 문제(Civil or commercial matters)를 포함할 것

민사 또는 상사의 개념은 협약에 따른 독자적(autonomous)인 개념으

54) Severability Rule은 계약의 일부조항이 중재 또는 법원판결에 의해 실효가 되었더라도 기타조항의 계속적인 유효성은 조금도 침해되지 않는다는 조항을 의미한다. 계약의 일부조항만이 무효가 되는 경우 이를 전부무효로 취급함으로써 당사자가 계약 체결시 예정하고 있었던 분쟁 해결 수단을 이용하지 못하게 되는 결과를 방지하고자 한다. 개념은 대한상사중재원 홈페이지 참조. http://www.kcab.or.kr/jsp/kcab_kor/contract/cont_01_03.jsp?sNum=7&dNum=1&mi_code=cont_01_03

55) Jeffrey(註 13), p. 17.

56) 김희동(註 44), 47면.

57) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 125.

58) Vrellis(註 50), p. 766.

로 해석되어야 하고, 그 해석에 있어서 특정 국가의 법 개념을 참조해서는 안 된다.⁵⁹⁾ 실제로 특정 국가의 법 개념을 참조해서 개념을 정의하고자 하는 경우에는 협약의 적용 단계에서부터 통일적이지 못한 기준을 정립할 우려가 있다.

협약을 작성하는 과정에서 민사 혹은 상사라는 용어를 사용할 것인지, 아니면 민사라는 용어만 사용할 것인지에 대한 논의가 있었다. 민사 문제와 상사 문제를 같이 취급하는 나라들도 있었지만, 반대로 민사 문제와 상사 문제를 구별하는 나라들도 있었기에 협약에서는 ‘민사 혹은 상사’라는 병렬적인 문구를 둔 것이다.⁶⁰⁾ 이는 또한, 공법(public law)과 형사법(criminal law)을 적용 범위에서 제외하려는 의도이기도 하다. 기본적으로 공법과 형사법은 당사자들이 자유로운 계약을 통해서 법률관계를 형성할 수 있는 영역은 아니기 때문이다. 예비초안은 조세(revenue), 관세(customs), 행정사건(administrative matters)에도 협약이 적용되지 않는다는 조문을 두었으나, 위와 같은 경우는 당연히 그 개념상 민사나 상사사건에 포함되지 않는 것으로 보아 협약 작성 단계에서 제외되었다.⁶¹⁾

IV. 협약의 적용범위로부터의 제외(제2조 : Exclusions from scope)

제2조 범위로부터의 제외

1. 이 협약은 다음의 전속적 관할합의에는 적용되지 않는다.

a) 주로 개인적, 가족적 또는 가사적 목적을 위하여 행위하는 자연인(소비자)이 당사자인 경우

59) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 49. 우리는 민법전과 상법전을 별도로 두고 있고, 상법을 ‘상사’에 적용되는 것으로 보고 있다는 점에서(상법 제1조) 후자에 속하는 것으로 볼 수 있다.

60) Brand/Herrup(註 2), p. 47.

61) 예비초안 제1조(사항적 적용범위) 제1항. 본 협약은 민사 및 상사사건에 적용된다. 본 협약은 특히 조세, 관세 또는 행정사건에는 적용되지 않는다. 박정훈, “헤이그 재판관할합의협약”, 국제사법연구 제18호(2012), 237면, Hartley/Dogauchi(註 17), para. 49.

b) 단체계약을 포함한 근로계약에 관한 경우

2. 이 협약은 다음의 사항들에는 적용되지 않는다.

a) 자연인의 신분과 법적 능력

b) 부양의무(Maintenance obligations)

c) 부부재산제, 혼인 및 이와 유사한 관계로부터 발생하는 기타 가족법상의 사항

d) 유언과 상속(wills and succession)

e) 도산(insolvency), 화의(composition), 기타 유사한 절차

f) 여객(passengers) 또는 물품(goods)의 운송

g) 해상오염, 해사청구권에 대한 책임제한, 공동해손, 및 긴급예인과 구조

h) 반독점(경쟁)사건

i) 핵손해에 대한 책임

j) 자연인에 의하여 또는 자연인을 위하여 제기된 인적 손해(personal injury)에 대한 청구

k) 계약관계로부터 발생하지 않는 유체물(tangible property)에 대한 손해로 인한 불법행위청구

l) 부동산(immovable property)에 대한 물권과 부동산의 임대

m) 법인의 유효, 무효 또는 해산 및 그들의 기관의 결정의 유효성

n) 저작권 또는 저작인접권 이외의 지식재산권의 유효성

o) 저작권 또는 저작인접권 이외의 지식재산권의 침해. 다만 침해소송이 그러한 권리에 관한 당사자들간의 계약 위반으로 제기된 경우, 또는 그 계약 위반으로 제기될 수 있었던 경우를 제외한다.

p) 공부에의 기재의 유효성

1. 제2조 개관

우리 민사소송법상 전속관할의 규정이 있는 사항에 대하여는 전속적

관할합의에 의하여 우리나라의 법정관할을 배제하는 것은 허용되지 않는다. 법률이 어떤 사안에 대하여 특정의 법원이 내린 판단만을 수용하겠다고 규정한 이상, 그러한 태도는 외국법원과의 관계에서도 그대로 지켜야 하기 때문이다.⁶²⁾ 제2조는 국내법 규정이 아니라 협약에서 독자적으로 규정하고 있는 사유들에 해당한다.

제2조 제1항은 합의의 유형상 협약의 적용 범위로부터 제외되는 경우에 대한 것이고, 동조 제2항은 사안의 성질상 협약의 적용범위로부터 배제되는 것이다.⁶³⁾ 양자를 별개로 규정한 이유는 제2항에 따라 제외된 사항이 소송의 대상이 아니라 선결문제로서만 제기되거나, 항변으로서만 제기되는 경우에는 협약의 적용대상으로 보는 반면(제2조 제3항), 제1항에 해당하는 경우에는 이와 같은 제한 없이 협약의 적용으로부터 배제된다는 점에 있다. 제1항은 국제사법상의 보호적 관할(protective jurisdiction)의 원칙⁶⁴⁾을 규정한 것으로 볼 수 있는바, 제2조 제3항과 같은 예외사유를 두지 않고 절대적으로 협약의 적용 범위에서 배제하고자 한다.

제2조는 협약 작성 과정에서 국가들이 논의한 결과가 반영된 조항이다. 당초 예비초안에서는 협약의 적용 대상에서 배제되는 사유로 a호-h호만 규정되어 있었으나 협상 결과 협약의 적용범위로부터 배제되는 범위가 더 확대되었다. 이 점에 대해 협약의 실효성을 떨어뜨린다는 주장이 있는 반면, 협약은 지금도 주요한 민사/상사 거래행위를 규율하고 있으며 오히려 협약이 채택될 가능성이 더 커졌다는 평가도 있다.⁶⁵⁾ 협약의 적용범위로부터 제외되는 사안들은 주로 공공의 이익(public interest)과 관련된 경우, 당사자와의 법률관계뿐만 아니라 제3자와의 법률관계도 같이 형성되어 있어서 당사자들이 그 권리를 임의로 처분(dispose)할 수

62) 이인재, 國際的 管轄合意, 사법논집 20집(1989), 641면..

63) 민사 혹은 상사 문제가 아니기에 협약의 적용 대상에서부터 제외되는 경우는 제1조 제1항에 의한 것일 뿐 동 조문을 적용한 결과는 아니다.

64) 석광현(註 6), 283면에서는 보호적 관할(protective jurisdiction)은 국제적으로 확립된 용어는 아닌 것으로 보이나, 사회·경제적 약자인 소비자 또는 근로자를 보호하기 위한 국제재판관할을 의미하는 것으로 이해된다고 한다.

65) 석광현(註 1), 226면.

없는 경우, 협약에 우선하는 다른 전속 관할이 적용되는 관계로 당해 협약이 적용될 수 없는 경우, 다자간 법역(法域, multilateral legal regime)이 협약에 우선해서 적용되는 경우 등이다.⁶⁶⁾ 특정사항에 관한 선언을 통해 협약의 적용범위로부터 제외되는 범위를 더 넓힐 수도 있다(제21조).

2. 각 조문별 논의(제2조 제1항⁶⁷⁾, 제2항)

가. 주로 개인적, 가족적 또는 가사적 목적을 위하여 행위하는 자연인(소비자)이 당사자인 경우(제2조 제1항 a호)

특정한 계층(class)의 범주에 속한 사람들은 국제사법상의 보호가 필요하다. 이들은 민사 혹은 상사 거래에서 불리한 지위에 있기 때문이다. 따라서 일반적으로 많은 국가들은 국제재판관할에 관한 특칙을 두고 있는 바, 이는 분쟁 발생 전의 관할합의를 허용하지 않는 것을 주요 내용으로 하고 있다.⁶⁸⁾ 이 중 a호에서 규정하는 소비자계약(consumer contract)은

66) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 53.

67) 제2조 제1항에 포함된 소비자계약과 근로계약은 그러나 브뤼셀 I 규정이나 루가노 협약, 브뤼셀 I bis에는 그 규율 범위 내에 포함시키고 있다. 그 이유로는, 브뤼셀 I 규정의 경우에는 특수한 규정을 둠으로써 당사자들이 재판관할합의를 할 여지를 거의 두지 않거나 불가능하게 하고 있기 때문이라고 한다. Trevor Hartley, Choice-of-court agreements under the european and international instruments(2013), p. 83. 루가노 협약에서는 피고의 주소지가 체약국 내에 있을 것을 요구하나(제16조, 제19조), 브뤼셀 I bis에서는 피고의 주소지 뿐 아니라 원고의 주소지가 체약국 내에 있는 경우에도 적용 대상에 해당한다고 본다(제18조, 제21조).

68) 우리 국제사법에서는 부당한 재판관할합의를 막기 위해 원칙적으로 당사자 간의 사후적 합의만을 인정하고, 예외적으로 사전 합의일 경우 소비자에게 유리한 추가적 합의만 허용한다. 석광현, 국제사법 해설(2013), 344면.

국제사법 제27조(소비자계약) ⑥ 제1항의 규정에 의한 계약의 당사자는 서면에 의하여 국제재판관할에 관한 합의를 할 수 있다. 다만, 그 합의는 다음 각호중 어느 하나에 해당하는 경우에 한하여 그 효력이 있다.

1. 분쟁이 이미 발생한 경우

2. 소비자에게 이 조에 의한 관할법원에 추가하여 다른 법원에 제소하는 것을 허용하는 경우

당사자의 특성에 좀 더 방점을 둔 것이다. 계약 당사자 모두 소비자인 경우 뿐 아니라 일방 당사자는 소비자이고 다른 당사자는 소비자가 아닌 경우도 여기서 규정하는 사유에 해당한다. 따라서 이 경우에도 협약의 적용 범위에서 배제되는 것으로 본다.⁶⁹⁾

나. 단체계약을 포함한 근로계약에 관한 경우(제2조 제1항 b호)

근로계약을 협약의 적용 대상으로부터 배제하는 취지는 1)에서 본 바와 같다.⁷⁰⁾ 다만 ‘근로계약(consumer contract)에 관한 경우’라는 것은 법률관계의 실질을 기준으로 규정한 것인 만큼 당사자를 기준으로 보는 소비자계약에서보다 동 조문에 의해 협약의 적용범위로부터 배제되는 범주가 더 넓을 수 있다. 근로자 개인이 고용주 개인과 계약을 체결한 경우 뿐 아니라 다수의 근로자들이 고용주 개인과 계약을 체결한 경우(단체계약)도 포함된다고 본다. 근로관계에서 발생하는 불법행위로 인한 분쟁에도 적용된다고 본다.⁷¹⁾

고용주가 지급불능상태에 빠진 경우 국내법에 의해 근로자가 자신이 입은 인적 손해(personal injury)에 대해 고용주의 보험자에게 직접 청구를 할 수 있는 권리가 인정되는 국가의 경우(즉, 직접청구권이 인정되는 국가의 경우)⁷²⁾에 고용주와 근로자 사이에 전속적 관할합의가 있다고 하더라도 협약은 근로자의 위 직접청구권 행사에는 적용되지 않는다.⁷³⁾

69) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 50. 우리 국제사법도 당사자자치 원칙의 한계를 인정한다.

70) 국제사법 또한 유사한 형태의 조문을 두고 있다.

국제사법 제28조(근로계약) ⑤ 근로계약의 당사자는 서면에 의하여 국제재판관할에 관한 합의를 할 수 있다. 다만, 그 합의는 다음 각호중 어느 하나에 해당하는 경우에 한하여 그 효력이 있다.

1. 분쟁이 이미 발생한 경우

2. 근로자에게 이 조에 의한 관할법원에 추가하여 다른 법원에 제소하는 것을 허용하는 경우

71) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 51.

72) 우리는 상법 제724조 제2항에서 직접청구권을 인정하고 있다.

제724조(보험자와 제3자와의 관계) ② 제3자는 피보험자가 책임을 질 사고로 입은 손해에 대하여 보험금액의 한도내에서 보험자에게 직접 보상을 청구할 수 있다.

다. 자연인의 신분과 법적 능력(제2조 제2항 a호)

문언 그대로, ‘자연인(natural person)’에 관한 사항에 한정된다. 혼인무효(annulment of marriage), 양자, 이혼, 사망, 유언장 작성, 혼인 외 아동의 인지(affiliation of children) 등의 내용을 다 포함한다고 본다.⁷⁴⁾

라. 부양의무(Maintenance obligations)(제2조 제2항 b호)

부양의무는 부부간의 부양의무뿐만 아니라 이는 자녀에 대한 부양의무(child support)를 포함하는 개념이다. 부양의무를 규율하는 다른 헤이그 협약들이 이미 있기 때문에⁷⁵⁾, 협상의 초기 단계에서부터 부양의무는 협약의 적용 범위에서 제외하자는 논의가 있었다. 협약은 그 결과물이다.

마. 부부재산제, 혼인 및 이와 유사한 관계로부터 발생하는 기타 가족법상의 사항(제2조 제2항 c호)

제2조 제2항 a호, 그리고 제2조 제2항 b호에 의해 배제되지 않은 ‘가

73) 박정훈(註 61), 236면 참조. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 51. 이 경우 보험계약의 특칙을 규정한 협약 제17조는 적용되지 않는다고 본다. 근로자의 직접청구권 행사는 보험계약에 기인한 것이 아니라고 보기 때문이라고 한다. 우리 상법 해석상으로도 보험자의 관점에서 피해자는 피보험자의 보험금 청구권을 대위행사하는 것에 불과하다는 견해가 있으나, 다수 견해는 피해자의 관점에서 원래 피보험자에 대해서 행사할 수 있었던 손해배상청구권을 보험자에 대해서 행사하는 것이라고 본다(송옥렬, 상법강의 제4판(2014), 314-315면). 판례 또한 “상법 제724조 제2항에 의하여 피해자에게 인정되는 직접청구권의 법적 성질은 보험자가 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 것으로서 피해자가 보험자에 대하여 가지는 손해배상청구이고 피보험자의 보험자에 대한 보험금청구권의 변형 내지는 이에 준하는 권리가 아니다.”고 판시한 바 있다(대법원 1999. 2. 12. 선고 98다44956 판결)

74) Brand/Herrup(註 2), p. 58. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 54.

75) Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations; Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

족법상의 문제(family law matters)'를 포괄적으로 협약의 적용범위로부터 제외하는 조항이다. 일반적으로 국내에 있어서도 가사사건은 가정법원에 전속하며, 가정법원이 객관적 진실을 발견하기 위해서는 직권으로 사실조사 및 필요한 증거조사를 하여야 하는 직권탐지주의가 적용되고 있다.⁷⁶⁾ 따라서 가족법상의 법률관계에 관해서는 그 특수성상 당사자에 의한 임의처분이 허용되지 않으므로 원칙적으로 재판관할합의적격성이 부정된다 할 것이다.⁷⁷⁾ 단지 분쟁의 당사자가 혼인관계의 당사자라는 이유만으로 배제되는 것은 아니다. 무엇이 '가족법상의 사항'인지는 분쟁의 실질을 기준으로 결정할 것이다. 가령, 분쟁의 당사자가 부부인 경우라 하더라도 그 내용이 협약이 적용 대상으로 삼고 있는 상사 계약에 관한 것이면 협약이 적용된다. 혼인과 유사한 관계(similar relationships)는 혼인하지 않은 당사자들 사이의 관계가 법적인 승인(legal recognition)을 얻는 범위 내에서 보호되는 것으로 그 법제가 인정하는 것을 의미한다.⁷⁸⁾

바. 유언과 상속(wills and succession)(제2조 제2항 d호)

자신의 의사에 의한 경우이건 법률에 의해서건, 사망을 원인으로 한 재산 처분에 관한 법률관계는 모두 다 협약의 적용 대상이 아니다. 그러나 유언신탁(testamentary trust)의 수탁자(trustee)와 수익자(beneficiary) 사이의 분쟁, 상속재산관리인(estate administrator)과 제3자와의 분쟁은 협약의 적용 대상이라고 본다.⁷⁹⁾

76) 가사소송법 제17조(직권조사) 가정법원이 가류 또는 나류 가사소송사건을 심리할 때에는 직권으로 사실조사 및 필요한 증거조사를 하여야 하며, 언제든지 당사자 또는 법정대리인을 신문할 수 있다.

77) 손경환(註 49), 448면.

78) 우리나라의 경우에는 사실혼이 여기에 해당한다. 우리 민법은 사실혼에 대한 규정을 두고 있지 않으나 가사소송법 제2조 제1항 나류 사건 제1호는 사실혼을 인정하는 전제 하에 사실상혼인관계부존재확인청구를 인정한다. 프랑스의 경우 시민연대계약(Pacte civil de solidarité, PACS)이 여기에 해당할 것이다.

79) Brand/Herrup(註 2), p. 59.

사. 도산(insolvency), 화의(composition), 기타 유사한 절차(제2조 제2항 e호)

일반적으로 각 국가들은 도산 및 이에 상응하는 절차들을 하나의 법정지(forum)에서 집중해서 해결하고자 하려는 경향이 있다⁸⁰⁾. 법제마다 차이는 있지만 일반적으로 법정지로 삼는 주된 장소는 지불 불능인(insolvent)의 거소이다. 이는 모든 청구인(claimant)에게 일률적이고 공정한 결과를 보장해주기 위함이다. 법률관계가 서로 복잡하게 얽혀 있는 경우에는 개별적인 판단을 하는 것보다는 한 법원에서 확일적으로 처리하는 것이 실제로 당사자에게 더 유리한 경우가 많다. 이는 여러 법원이 서로 한꺼번에 링펜스 조치(Ring-Fencing)를 시도함에 따르는 법률관계의 혼란을 막기 위한 의도이기도 하다.

도산 절차와 관련해서는 도산 절차의 대상이 자연인이건 법인이건 모두 협약의 적용 대상이라 본다. 그러나 협약에 의해 적용이 배제되는 부분은 어디까지나 직접적으로 도산과 관련된 내용에 한정된다고 볼 것이다.⁸¹⁾⁸²⁾⁸³⁾ 화의 절차는 채권자와 채무자간의 기일 재조정(re-scheduling), 지불 불능선언(moratoria), 지급 연기(suspension), 혹은 채무 면제(discharge of debt) 등의 절차를 모두 포함한다.

80) Brand/Herrup(註 2), p. 60. 우리나라의 채무자회생 및 파산에 관한 법률에서도 외국도산절차의 승인 및 지원에 관한 사건을 서울중앙지방법원 합의부의 전속관할로 보고 있다.

제630조(관할) 외국도산절차의 승인 및 지원에 관한 사건은 서울중앙지방법원 합의부의 관할에 전속한다. 다만, 절차의 효율적인 진행이나 이해당사자의 권리보호를 위하여 필요한 때에는 서울중앙지방법원은 당사자의 신청에 의하거나 직권으로 외국도산절차의 승인결정과 동시에 또는 그 결정 후에 제3조가 규정하는 관할 법원으로 사건을 이송할 수 있다.

81) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 24.

82) 가령 A가 B에게 돈을 대여하면서 전속적 관할합의를 한 경우, 추후 A에 대한 파산절차가 개시되더라도 파산재단의 관리인이(관리인 임명이 관할합의 시 지정된 국가에서도 효력이 있는 경우) B에 대한 대여금반환소송을 제기하는 경우에는 여전히 전속적 관할합의에 구속되어 위 합의에서 지정한 법원에만 소를 제기할 수 있다고 본다.(Hartley/Dogauchi(註 17), para. 57. 또한 박정훈(註 61), 237면 각주 27)도 참조.

83) 예를 들어, 파산재단에 소속된 부동산의 우선순위(ranking) 결정과 관련해서는 적용되지 않는다고 본다. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 57.

아. 여객(passengers) 또는 물품(goods)의 운송(제2조 제2항 f호)

이는 협약에서 규율하기보다는 별도의 조약으로 규율하는 것이 적절하기 때문에 협약의 적용으로부터 제외하는 것으로 보고 있다.⁸⁴⁾ 예비초안 단계에서는 단지 여객 및 물품의 해상운송계약만을 협약의 규율대상에서 제외하려고 했으나, 협약은 여객 및 물품의 운송 전부를 협약의 적용범위로부터 배제하고 있다.⁸⁵⁾ 법문상 ‘운송’이라고만 규정하고 있으므로 어떠한 형태의 운송 수단을 이용하더라도 협약의 적용으로부터 배제된다고 본다. 운송 과정에서 서로 다른 운송 수단을 사용하는 경우 또한 협약의 적용으로부터 배제된다.

해상물품운송에 관해서는 함부르그 규칙⁸⁶⁾이 있고, 항공운송에 관해서는 바르샤바협약⁸⁷⁾ 제28조 또는 1999년 몬트리올협약⁸⁸⁾ 제33조에서 관할에 관한 규정을 두고 있다. 운송인과 운송인의 사용책임을 정한 국제규칙으로는 헤이그 비스비 규칙이 있다.⁸⁹⁾ 우리나라는 이 중에서 1955년 헤이그의정서에 의하여 개정된 바르샤바 협약 및 몬트리올 협약에 가입한 바 있다.

자. 해상오염, 해사청구권에 대한 책임제한, 공동해손, 및 긴급예인과 구조(제2조 제2항 g호)

동 조문은 제2조 제2항 f호에서와는 다르게 (1) 다섯 가지 (2) 해상 문제에 한정해서만 규정하고 있다. 협약의 협상 과정에서 몇몇 국가들은

84) 석광현(註 1), 197면.

85) 석광현(註 1), 197면.

86) United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea

87) Convention for the Unification of certain Rule Relating to International Transportation by Air

88) Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air

89) International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading

해상 문제를 당해 협약의 적용 범위에 포함시키고자 했고, 다른 국가들은 해상 문제를 당해 협약의 적용 대상에서 제외시키고자 했다. 해상 문제를 협약의 적용 범위로부터 제외하려는 견해는 해상 문제와 관련해서는 이미 관할선택 조항(Forum-Selection clause)과 중재 조항(arbitration clause)이 광범위하게 사용되고 있음을 그 논거로 들고 있다. 협약이 제3자의 권리에 영향을 미칠 수 있다는 점 또한 논거로 들었다.⁹⁰⁾ 그와 같은 대립되는 의견들 간의 협상의 결과 다섯 가지 주제에 한정해서만 협약의 규율 범위에서 배제하기로 합의한 것이다.⁹¹⁾ 해상 오염, 해상청구권에 대한 책임 제한, 공동해손을 협약의 적용범위에서 제외한 이유는, 이 경우는 청구인(claimants)이 다수일 확률이 높고 사전에 계약관계가 존재하지 않는, 본질적으로 불법행위의 적용 영역이라는 점을 들고 있다.⁹²⁾ 해상 오염에 관해서는 해상오염방지협약(MARPOL 협약)⁹³⁾이 현재 시행되고 있으며 동 협약에서 별도로 관할을 규정하고 있다는 점도 그 이유로 든다. 공동해손과 관련해서는 요크-앤트워프 규칙(York-Antwerp Rules)에 의해 대부분의 분쟁이 해결되고 있음을 그 이유로 든다.⁹⁴⁾ 반면, 긴급예인과 구조를 협약의 적용범위로부터 제외한 이유는 명확하지는 않다고 한다. 다만 정책상의 이유로 협약의 적용 범위로부터 제외한 것으로 보고 있다는 견해가 있다.⁹⁵⁾

차. 반독점(경쟁)사건(제2조 제2항 h호)

반독점(경쟁)사건은 당해 지역의 공공 정책(local public policy) 문제로

90) Craig Forrest, "The Hague Convention on Choice of Court Agreements : The Maritime Exceptions", Journal of Private International Law(2009), p. 492.

91) 즉, 해상 보험(maritime insurance), 비-긴급 예인 및 구조(non-emergency towage and salvage), 선박 건조(ship-building), 선박 담보(ship mortgage and liens) 등은 협약의 적용 대상이다.

92) Brand/Herrup(註 2), p. 61.

93) International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973 and its 1978 Protocol

94) Forrest(註 90), p. 513.

95) Brand/Herrup(註 2), p. 62. 특히 구조(salvor)의 경우라면 이를 장려하려는 목적도 있을 것이라 본다.

보아 협약에서 제외된 것이다.⁹⁶⁾ 많은 대륙법계 국가에서는 미국의 반독점법(anti-trust law)에 정확하게 대응되는 법이 없고, 미국의 반독점법도 대륙법계의 경쟁법(competition law)과 완전히 동일한 법은 아니다.⁹⁷⁾ 협약은 이러한 점을 고려해서 반독점(경쟁)이라고 언급한 것이다. 청구인이 정부 당국인 경우건 개인인 경우건 불문한다.

부정경쟁(unfair competition, *concurrence déloyale*), 소비자를 오인에 빠트리는 광고(misleading advertising), 경쟁자의 상품처럼 오인하게 하는 행위(passing one's goods off as those of a competitor)는 협약의 적용 대상이라 본다.⁹⁸⁾ 반면, 사적인 당사자 사이에서 반독점(경쟁)법 위반을 이유로 한 손해배상을 청구하는 불법행위소송은 그 소송이 관할합의에 따라 제기되는 경우라 하더라도 협약의 적용대상이 아니라고 본다.⁹⁹⁾ 한편, 형사상의 반독점(경쟁)문제는 민사 혹은 상사의 문제가 아니기 때문에 동조가 아니라 협약 제1조에 의해 협약의 적용범위로부터 배제된다.¹⁰⁰⁾

계약의 일방당사자가 타방당사자를 상대로 계약상 책임을 추궁하는 소를 제기하고, 피고가 당해 계약이 반독점(경쟁)법을 위반했으므로 무효라고 주장하는 경우 반독점(경쟁)위반 문제는 본안이 아닌 선결문제에 불과하기에 협약의 적용 대상이 된다고 본다(제2조 제3항 1문).¹⁰¹⁾

카. 원자력 손해에 대한 책임(제2조 제2항 i호)

이 또한 반독점(경쟁)사건과 마찬가지로 당해 지역의 공공 정책의 문

96) 그러나 이에 대해서는 Luca Di Brozolo 교수는 이 경우가 적용에서 배제된 것은 이 경우는 대부분 공적인 기관이 나서서 행위하는 경우가 대부분이기 때문일 거라고 보지만 그렇게 모든 범주를 배제하는 것보다는 배제되는 범위를 좀 더 특정하는 것이 좋았을 것이라 보고 있다. Jeffrey(註 13), p. 14.

97) Brand/Herrup(註 2), p. 62. 우리나라의 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률'이 이에 해당한다.

98) 위에서 언급한 범주의 것들은 대륙법계에서는 '불공정경쟁(unfair competition)'의 범주로 분류되는 사안들이다. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 60.

99) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 62.

100) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 61.

101) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 63.

제라 본다.¹⁰²⁾ 또한, 원자력 손해에 대한 책임과 관련한 국제 협약들이 다수 존재하고 있으며, 이러한 국제협약들이 협약보다 우선한다고 본다.¹⁰³⁾¹⁰⁴⁾

타. 자연인에 의하여 또는 자연인을 위하여 제기된 인적 손해 (personal injury)에 대한 청구(제2조 제2항 j호)

협상 과정에서는 동조의 내용을 협약에 포함하자는 견해, 계약에 관한 청구에 한정해서만 협상에 포함하자는 견해가 있었으나 결국 협약의 적용 범위에서 배제하기로 결정되었다.¹⁰⁵⁾ 이는 일반적인 민사 또는 상사 문제와 다르다고 보았기 때문이다. 육체적 손해 외에 정신적 손해에 대해서는 협약의 적용 범위에 포함하자는 논의가 있었으나, 이 또한 협약의 적용 범위에서 배제하기로 했다.¹⁰⁶⁾ 인적 손해는 정신적 충격 (nervous shock)으로 인한 손해를 포함하는 것으로 본다.¹⁰⁷⁾ 고용주, 보험자, 기타 손해를 입은 자연인을 위하여 다른 사람이 제기한 청구도 협약의 적용을 받지 않는다고 본다.¹⁰⁸⁾ 실제로는 제2조 제1항 b호(근로계약)에 해당함을 이유로 배제되는 부분도 상당 부분 있으리라 본다.¹⁰⁹⁾

102) 우리나라의 경우 원자력 손해배상법이 이에 해당한다.

103) The Convention Supplementary to the Paris Convention 1963, and its 2004 amendment, the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage 1963, and its 1997 amendment, the Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage 1997, the Joint protocol relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention 1988 등

104) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 64. 각주 93)에서는 핵발전소(Nuclear Power Plant)가 있음에도 불구하고 핵손해에 대한 배상책임에 가입하지 않은 국가로 한국을 적시하고 있다.

105) Brand/Herrup(註 2), pp. 63-64. 이는 당시 러시아 대표의 제안이라고 한다. 협약 체결 초기 단계에서는 뚜렷하게 드러나지 않았던 내용일뿐더러, 협약의 주요 쟁점도 아니었으나, 추후 문제가 제기되어 논의가 이루어진 부분이라고 한다.

106) Brand/Herrup(註 2), p. 64.

107) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 65. 정신적 충격으로 인한 손해의 예시로 한 가족의 구성원의 죽음을 지켜보는 것을 들고 있다. 명예훼손, 모욕, 사생활 침해는 해당하지 않는다고 본다.

108) Brand/Herrup(註 2), p. 64, 박정훈(註 61), 238면

109) Brand/Herrup(註 2), p. 64.

파. 계약관계로부터 발생하지 않는 유체물(tangible property)에 대한 손해로 인한 불법행위청구(제2항 제2조 k호)

협약에는 유체물이 무엇인가에 대한 개념정의는 없다. 이는 각 국가의 현지법(municipal law)¹¹⁰⁾의 해석에 의할 문제라 본다. 보통법계 국가들은 불법행위에 대응하는 개념으로 tort 라는 용어를, 대륙법계 국가들은 delikt 라는 용어를 사용하는바, 두 가지 범주를 모두 포괄하기 위해서 협약에서는 두 개념을 다 언급('tort or delikt claims')하고 있다.¹¹¹⁾ 순수한 계약관계 없이 유체물에 대한 손해로 인한 불법행위책임은 발생할 가능성이 높지 않기에, 이 예외사유는 실제로 적용 범위가 제한적일 것이다.¹¹²⁾

하. 부동산(immovable property)에 대한 물권과 부동산의 임대(제2조 제2항 1호)¹¹³⁾

협약상 부동산에 대한 개념정의는 없다. 이 또한 파. 에서 본 것처럼 현지법의 해석에 맡겨진 문제이다. 부동산에 발생한 손해배상을 청구하는 경우나 부동산매매계약상의 의무불이행으로 인한 손해배상을 청구하는 경우는 해당하지 않는다.¹¹⁴⁾

110) 국내법(national law)대신 현지법(municipal law)라는 용어를 사용하고 있는 것은, 미국에서는 불법행위법은 연방법체계의 문제가 아니라 주법의 문제라는 점을 고려했기 때문이라고 한다. Brand/Herrup(註 2), p. 65.

111) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 66. 각주 95)

112) 유체물에 대한 계약책임을 묻는 청구나 계약관계에서 발생하는 유체물에 관한 불법행위로 인한 손해배상청구는 협약의 적용 범위에 포함된다.

113) 브뤼셀 I 규정이나 루가노 협약, 브뤼셀 I bis에서도 이와 관련된 내용을 언급하고 있으나, 규율 방식은 다르다. 즉 전자의 경우에는 재판관할합의의 내용으로 부동산에 관한 물권을 포함하는 것 자체의 효력을 부인하는데 반해서, 협약의 경우에는 협약의 적용 범위로부터 배제할 뿐, 내국법에 의해 그 효력을 인정하는 것은 무방하다고 보고 있다. Trevor Hartley(註 67). p. 287

114) Brand/Herrup(註 2), p. 66. 선결문제로 토지의 소유권 존부가 확정되어야 하는 경우라 하더라도 마찬가지로 본다.

임차권(tenancy) 개념에 관해서도 별도의 개념정의 없이 각국의 현지법에 그 해석을 맡겨두고 있다.¹¹⁵⁾ 실제로 몇몇 국가들은, 임차인을 보호하기 위해 해당 국가의 특별법을 적용한다.¹¹⁶⁾ 임차인이 실제로 주거 목적으로 임차한 경우 임차인은 ‘소비자’개념에 포섭될 수 있으므로 협약 제2조 제1항 a호에 의해서도 협약의 적용 범위에서 배제된다.¹¹⁷⁾ 임대인과 임차인 사이의 임대조건(terms)에 관한 소송 또한 협약의 적용 범위에서 제외되는 것으로 본다.¹¹⁸⁾

반면, 임대와 직접적인 관련이 없는 소송은 협약의 적용 대상이다.¹¹⁹⁾ 가령 영업양도(sale of a business) 계약을 체결하고 그 내용의 일부로 임차권을 양도하기로 한 경우, 영업양도 계약상의 양도인과 양수인의 권리 및 의무에 관한 소송은 협약의 적용 대상이 된다.¹²⁰⁾

거. 법인의 유효, 무효 또는 해산 및 그들의 기관의 결정의 유효성 (제2조 제2항 m호)

법인에 대한 법적인 규율은 지역 주권(territorial sovereign)의 문제이기 때문에 현지법에 따른다.¹²¹⁾ 또한 이 경우를 협약의 적용 대상으로 삼는다면, 재판관할합의시 당사자와 관련된 법률관계뿐만 아니라 제3자

115) Brand/Herrup(註 2), p. 66. 몇몇 유럽 국가들이 협상 과정에서 자국의 법체계에서 통용되는 개념과 다른 개념을 도입한다면, 법 적용상의 혼란이 생길 수 있다는 주장을 했으며 이와 같은 주장이 받아들여져서 둔 조문이다. 브뤼셀 I 규정에서 임대차와 관련된 분쟁에 대해서 별도로 규율을 하고 있으므로 별도로 협약에서 규율할 필요가 없다는 의견도 반영된 것이다.

제22조 부동산에 대한 물권이나 부동산에 대한 임차권을 목적으로 하는 소에 대하여는, 부동산이 소재하는 회원국의 법원이 관할을 가진다. 다만, 연속된 6개월 이하의 일시적인 사용을 위한 부동산의 임대차에 관한 소에 대하여는, 임차인이 자연인이고 임대인과 임차인이 모두 동일 회원국에 주소를 가지는 경우에는 피고가 주소를 가지는 회원국의 법원도 관할을 갖는다.

116) 우리나라의 경우 주택임대차보호법이 해당한다.

117) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 69.

118) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 69.

119) 박정훈(註 61), 238면

120) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 69. 박정훈(註 61), 238면 각주 36)

121) Brand/Herrup(註 2), p. 66.

와의 법률관계에도 변동이 있을 수 있으므로 ‘전속적’ 관할합의에 포함하도록 하는 것은 바람직하지 않다고 본 것이다.¹²²⁾ 제3자로서는 자신의 의사에 반해서 특정 법원에 전속적 관할합의를 한 것을 받아들일 이유가 없다. 동 조문에서 규율하고 있는 것은 법인의 설립, 활동, 소멸 등과 관련된 문제를 모두 포함한다. 몇몇 법체계(legal system) 하에서는 법인 아닌 사단에도 제한적으로 소송상 당사자능력이 인정되는 경우가 있다.¹²³⁾ 이 경우는 협약의 적용 대상이라고 본다.¹²⁴⁾ 동 조문은 협약 제4조 제2항에서처럼 ‘단체 또는 자연인 이외의 사람’이라는 문구를 사용함 없이 ‘법인’이라고만 규정하고 있기 때문이다.

너. 저작권 또는 저작인접권 이외의 지식재산권¹²⁵⁾의 유효성(제2조 제2항 n호)¹²⁶⁾

문언의 반대해석상 저작권¹²⁷⁾과 저작인접권¹²⁸⁾은 당해 협약의 적용대상이 된다.¹²⁹⁾ 저작권 및 저작인접권은 지역 주권(territorial sovereign)

122) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 70.

123) 우리 민사소송법 제52조가 이에 해당한다.

제52조 (법인이 아닌 사단 등의 당사자능력) 법인이 아닌 사단이나 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에는 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다.

124) Nygh-Pocar Report pp. 65-66. 참조

125) 인간의 지적 생산물에 대한 재산권. 지식재산권과 관련된 모든 문제들은 협상 과정에서 전체적으로 많이 주목을 받았으며, 논의 또한 활발하게 이루어졌다. 이 하에서 규율하는 내용들은 외교적인 협상의 결과물들이다. Brand/Herrup(註 2), pp. 67-68.

126) Trevor Hartley(註 67) 에 따르면 저작권과 저작인접권이라 명시적으로 두 가지 권리를 언급한 것은, 지식재산권은 나라마다 등록을 해야 하는지 여부가 다르기 때문에 그 중 가장 규율의 필요성이 높은 두 가지를 지정한 것이라고 한다.

127) 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물인 저작물에 대한 배타적, 독점적 권리

128) 저작물을 일반 공중이 향유할 수 있도록 매개하는 자에게 부여한 권리. 세계지적재산권기구(World Intellectual Property Organization, WIPO)에서는 “the rights that belong to the performers, the producers of phonograms and broadcasting organizations in relation to their performances, phonograms, and broadcasts respectively”라고 정의하고 있다.

129) 석광현(註 1), 197면, Brand/Herrup(註 2), p. 66, Hartley/Dogauchi(註 17), para. 72.

을 행사한 결과로 볼 수 있기 때문이다.¹³⁰⁾ 즉, 특허 심사(examination) 후의 특허권(patent) 수여는 전통적으로 해당 특허권을 수여한 나라의 고유한 주권 행사로 보고 있으며, 이는 당해 국가의 전속관할에 속하는 사항이라고 본다.¹³¹⁾ 저작권 및 저작인접권 위반으로 인한 손해배상 문제 또한 협약의 적용대상이라고 본다.

상대방 당사자가 지식재산권이 무효라는 사실을 항변(defense) 사유로 주장하는 경우는 협약의 적용 대상이다(제2조 제3항 제2문). 또한, 당해 분쟁이 선결 문제로 제기된 경우에는 협약의 적용 범위에 포함된다고 볼 것이다(제2조 제3항 제1문). 반면, 저작권 또는 저작인접권 이외의 지식재산권의 유효성 문제가 반소(counterclaim)로서 제기된 경우에는 협약의 적용 범위로부터 배제된다고 본다.¹³²⁾ 반소는 그 자체 독립된 소이고 공격방어방법의 일환은 아니기 때문이다.

더. 저작권 또는 저작인접권 이외의 지식재산권의 침해. 다만 침해 소송이 그러한 권리에 관한 당사자들간의 계약 위반으로 제기된 경우, 또는 그 계약 위반으로 제기될 수 있었던 경우를 제외

130) Brand/Herrup(註 2), p. 68.

131) Brand/Herrup(註 2), p. 68. 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009다19093판결에서는 “당해 사건이 외국 법원의 전속관할에 속하는지 여부와 관련하여 특허권은 등록국법에 의하여 발생하는 권리로서 법원은 다른 국가의 특허권 부여행위와 그 행위의 유효성에 대하여 판단할 수 없으므로 등록을 요하는 특허권의 성립에 관한 것이거나 유·무효 또는 취소 등을 구하는 소는 일반적으로 등록국 또는 등록이 청구된 국가 법원의 전속관할에 속하는 것으로 볼 수 있”다고 판시하였다. 이는 협약 제2조 제3항에서 특허권 문제가 선결문제인 경우 협약의 적용 대상으로 삼는 것과 는 차이가 있다. 반면, 국제지적재산소송원칙 제13조 제4항에서는 본조는 등록지적재산권의 성립·유효성 분쟁에는 적용하지 아니한다. 다만, 그 분쟁이 선결문제로서 제기되거나 그 분쟁에 관한 재판이 당사자간에만 효력을 미치기로 합의한 때에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다. 동 원칙은 2003년 일본 국제사법학자들의 제안으로 ALI원칙에 상응하는 원칙의 제정을 위하여 일본과의 공동제안을 추진해 왔음에도 불구하고 2009년 5월 회의에서까지도 합의에 이르지 못한 바, 한국 측은 국제지적재산소송원칙 초안위원회를 구성하여 한국 단독의 원칙을 성안하였다. 2010년 3월 26일 한국국제사법학회에서 동 원칙을 공식적으로 승인하기에 이른다. 이규호, “국제지적재산소송원칙의 개요와 활용방안에 대한 연구”, 지식재산연구 9(1)(2014), 125면.

132) Brand/Herrup(註 2), p. 69, Hartley/Dogauchi(註 17), para. 78.

한다(제2조 제2항 o호)

저작권 또는 저작인접권 이외의 지식재산권의 침해와 관련된 문제는
너. 의 유효성 문제에서와 같은 맥락에서 설명이 가능하다. 특히 이 경
우에는 통상적으로 불법행위책임(sheer piracy)이 문제될 것이고, 권리자
와 침해자 사이에 사전에 이를 예측하고 관할합의를 하는 경우(즉, 계약
관계를 맺는 경우)는 드물 것이다.¹³³⁾

동조 단서를 둔 취지에 대해서는 다음과 같은 설명이 있다. 몇몇 국가
들에서는 당사자들은 사실만을 주장하고 그 주장이 법적으로 어떠한 의
미를 갖는지 판단하는 것은 법원의 역할이다.¹³⁴⁾ 다른 국가들에서는 당
사자가 직접 법적인 주장을 선택해서 - 계약책임인지 혹은 불법행위책
임인지를 - 소를 제기한다. 법원의 결정 혹은 당사자의 선택이라는 우
연한 사정에 의해서 지식재산권의 침해여부를 판단하는 소송이 당해 협
약의 적용 범위에서 제외되는 것을 방지하기 위한 것이라 본 것이다.¹³⁵⁾

동조 단서가 적용되기 위해서는 (가) 분쟁 당사자 간에 선재하는 계약
이 있을 것 (나) 당해 계약은 저작권 또는 저작인접권 이외의 지식재산
권의 침해와 관련이 있을 것 (다) 계약 위반 사실을 주장하거나 주장할
수 있었을 것 (라) 당해 계약 위반이 지식재산권의 침해 사실을 포함할
것을 요구한다. 가령 특허권자(licensor)가 특허실시권자(實施權者,
licensee)를 상대로 특허권 침해로 인한 불법행위를 원인으로 한 소를 제
기하는 경우, 만약 사전에 특허권 계약 위반을 원인으로 하는 소가 제기
될 수 있었던 경우라면 협약의 적용대상이 된다고 본다.¹³⁶⁾

133) Schulz(註 45), p. 261.

134) 우리 민사소송법은 변론주의에 입각해 있고, 이는 사실의 주장책임을 그 내용
으로 삼는다. 반대로, 법률의 해석적용의 문제에 관해서는 당사자의 의견이 있더
라도 법원이 구속되지 않는다. 이시윤(註 36), 319면. 판례 또한 “자동차손해배상
보장법 제3조는 불법행위에 관한 민법 규정의 특별 규정이라고 할 것이므로 자동
차 사고로 인하여 손해를 입은 자가 자동차손해배상보장법에 의하여 손해배상을
주장하지 않았다고 하더라도 법원은 민법에 우선하여 자동차손해배상보장법을 적
용하여야 한다”고 판시한 바 있다(대법원 1997. 11. 28. 선고 95다29390판결).

135) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 81.

136) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 79-80.

러. 공부에의 기재의 유효성(제2조 제2항 p호)

당해 문제는 일반적으로 민사 혹은 상사 사건의 범주 내에 속하지 않는다고 보거나¹³⁷⁾, 민사 혹은 상사 문제라 보더라도 국가의 주권 문제로 보아 국가의 전속적인 관할 하에 있다고 보는 것이 일반적이다.¹³⁸⁾ 협약은 명시적으로 당해 문제를 협약의 적용 범위로부터 배제하는 것이 바람직하다고 보았고, 후자의 견해를 반영한 명문 규정을 두었다.¹³⁹⁾ 이는 기재 자체의 유효성 여부의 판단과 관계되는 것이며, 기재된 내용의 유효성 판단과 관련되는 것은 아니다.¹⁴⁰⁾

3. 선결문제로서 제기되는 경우(제2조 제3항)

제2조 범위로부터의 제외

3. 제2항에도 불구하고, 그 항에 따라 제외된 사항이 소송의 대상이 아니라 단지 선결문제로서만 제기되는 경우, 그 소송은 협약의 적용범위로부터 제외되지 않는다. 특히, 제2항에 따라 제외되는 사항이, 소송의 대상이 아니라 단지 항변으로서 제기된다는 사실만으로 그 소송이 협약으로부터 제외되지 않는다.¹⁴¹⁾

137) 문자 그대로 공법이 규율할 사항(공부(公簿, Public Registers))이라고 본다.

138) Brand/Herrup(註 2), p. 70.

139) 이는 1999년 예비초안 제12조 제3항과 같은 입장이며, Nygh-Pocar 보고서 66면에서도 관련 내용이 언급된 바 있다. 예비초안 제12조 제3항은 공부상의 기재의 유효 또는 무효를 목적으로 하는 소송에서 공부를 관리하는 체약국의 법원은 전속관할을 가진다고 규정한 바 있다. 또한 몇몇 국제 문서에서도 이와 같은 내용을 명시하고 있다. 가령 브뤼셀 I 규정 제22조 제3항에서는 공적장부예의 기재의 유효성을 목적으로 하는 소에 대해서는, 장부를 보관하는 회원국의 법원이 주소에 관계없이 전속적 관할을 가진다고 규정한다. 브뤼셀 I bis 제24조 제3항도 동일하다.

140) Brand/Herrup(註 2), p. 71.

141) 대륙법계 국가와는 달리 보통법계 국가에서는 선결문제(preliminary matters)라는 용어에 대응하는 확립된 개념어가 존재하지 않는다. 소송의 대상 혹은 심리의 객체(an object of proceeding)에 대응하는 용어 또한 마찬가지라 보고 있다.

제2조 제1항, 제2항은 광범위한 협약의 적용 배제 사유를 규정하고 있다. 이외에도 제21조의 ‘특정사항에 관한 선언’을 통해 협약의 적용을 배제할 수도 있다.

한편, 다음과 같은 방법으로 협약의 적용을 배제할 수 있는지 생각해볼 수 있다 - 가령 특허권자(licensor)가 상대방의 계약 위반을 주장하면서 사용료(royalty) 지불을 주장하는 경우, 상대방은 특허가 무효임을 이유로 제2조 제2항 n호에 의해 당해 협약의 적용 대상이 되지 않는다고 주장하는 경우이다.¹⁴²⁾ 제2조 제3항은 이러한 경우를 대비해서 두 조문이다. 실제로 동 조문은 특히 지식재산권과 관련된 제2조 제2항 n호 및 o호와 함께 적용될 여지가 많을 것이다. 동 조항은 선결문제가 항변사항으로서 주장되는 경우에도 그 사실만으로는 협약의 적용 범위에서 제외되는 것이 아니라 보고 있다. 선결문제로 제기하는 경우는 반소(counterclaim) 절차에서 주장되는 경우를 포함한다.

동 조문이 적용되기 위해서는¹⁴³⁾ (1) 법문상 제2조 제2항¹⁴⁴⁾에 의해 제외되는 사항들을 선결문제로 제기한 경우일 것 (2) 전통적인 국제 사법 이론에 의할 때 그 내용이 개별 국가의 전속 관할에 속한 것이 아닐 것¹⁴⁵⁾ (3) 선결문제의 존재가 선택된 법원의 판결을 무효화하는 것이 아닐 것을 요구한다. (1)-(3)의 요건들을 충족해서 협약의 적용 범위에 포섭되는 경우라 하더라도, 선결문제에 대한 판단은 협약에 의해 승인되거나 집행되지 않는다(제10조 제1항).

4. 중재 및 관련 절차에서의 적용 제외(제2조 제4항)

Brand/Herrup(註 2), p. 71.

142) 사례는 Brand/Herrup(註 2), p. 71. 참조

143) Brand/Herrup(註 2), pp. 72-73.

144) 제2조 제1항 및 제4항에서 규정하는 사항들은 당해 조문의 적용 대상이 아니다. Brand/Herrup(註 2), p. 72.

145) 이는 각 지역의 절차법(municipal procedural law)에 의해 결정될 문제라고 한다.

제2조 범위로부터의 제외

4. 이 협약은 중재 및 그와 관련된 절차에 적용되지 않는다.

국제중재와 관련해서는 서론에서 본 바대로 뉴욕협약이 널리 활용되고 있다. 이는 협약이 현재 성공적으로 기능하고 있는 중재절차의 영역을 침범하지 않으려는 의도에서 둔 조문이라 보고 있다.¹⁴⁶⁾ 중재절차 뿐만 아니라 중재와 관련된 절차(related proceedings)까지도 해당 조약의 적용 대상으로부터 제외된다.¹⁴⁷⁾

5. 국가가 당사자인 경우(제2조 제5항 및 6항)

제2조 범위로부터의 제외

5. 정부, 정부기관 또는 국가¹⁴⁸⁾를 위해 직무를 수행하는 자가 소송의 당사자라는 사실만으로 그 소송이 이 협약의 적용범위로부터 제외되지 않는다.
6. 이 협약의 어느 것도 국가 또는 국제기구가 그 자신 및 그의 재산에 관하여 가지는 특권과 면제에 영향을 미치지 아니한다.

가. 국가가 민사 혹은 상사 절차에서의 당사자인 경우(제2조 제5항)

예를 들어 정부가 외국 회사와 서류를 출력하는 데 필요한 용지 공급에 관해 입찰(tender) 계약을 체결하는 경우라면, 당해 협약의 적용 대상이 된다.¹⁴⁹⁾ 동 조문은 국가가 민사 혹은 상사 거래로부터 이득을 얻었

146) Brand/Herrup(註 2), p. 73.

147) 이는 1999년 예비초안 제1조 제2항 g호와 동일한 내용이며, Nygh-Pocar 보고서 p. 35.에서 논의된 바 있다. 반면 브뤼셀 I 규정은 제1조 (d)에선 ‘중재’라고만 규정하고 있다. 브뤼셀 I bis 제1조 제1항 (d)에서도 동일하다

148) 제2조 제5항에서는 국가(State)만, 제2조 제6항에서는 국가(State) 외에 국제기구(international organizations)를 언급하고 있는바, 어떠한 의도에서 국제기구라는 문구를 두지 않은 것은 아니라고 한다. Brand/Herrup(註 2), p. 75.

149) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 86.

으면 그에 따르는 법률상의 책임 또한 부담하라는 의미이다.¹⁵⁰⁾¹⁵¹⁾¹⁵²⁾ 국가라는 조직은 특정 기관 - 결국 자연인(natural persons)에 의해 업무를 수행하는바, 국가가 당해 절차의 당사자라는 이유만으로 협약의 적용범위로부터 배제되는 것이 아니다.¹⁵³⁾¹⁵⁴⁾¹⁵⁵⁾ 동 조문은 협약 제1조 제1항에서 언급했던 것처럼 협약은 민사 혹은 상사 문제에 한해서 적용된다는 점을 강조하려는 의도도 있다고 본다.¹⁵⁶⁾ 즉, 민사 혹은 상사 문제에서는 국가가 일반 사인과 대등한 지위에서 계약을 체결하는 것으로 이론 구성을 하는 경우가 있는바, 이와 같은 사안은 협약의 적용 대상으로 볼 수 있다는 것이다. 협약의 적용 범위를 확대하려는 목적에서 ‘국가’개념을 광범위하게 볼 필요가 있다고 본다.¹⁵⁷⁾

동 조문의 이론적 근거로 제한적 주권면제론(restrictive theory of sovereign immunity)을¹⁵⁸⁾¹⁵⁹⁾ 들 수 있다. 이는 국가의 행동을 주권적 행위(*jure imperii*: by right of sovereignty)와 상업적 행위(*jure gestionis*: by way of doing business)로 구분하고, 전자에 대해서만 주권면제를 인정하는 입장이다.¹⁶⁰⁾ 절대적 주권면제론에 입각할 경우 외국과 거래행위

150) Brand/Herrup(註 2), p. 74.

151) 반면에 국가가 국제 공법(public international law)적인 문제로 소송 절차에서 당사자가 되는 경우에는 협약의 적용 대상으로부터 배제될 여지가 있다.

Brand/Herrup(註 2), p. 75

152) 따라서, 외국인이 당해 국가에 입국시에 그가 그 국가 내에서 행하는 범죄행위에 대해서 벌금형 기타 형사 책임을 부담하겠다고 서명하는 경우는 협약의 적용 대상이 아니다.

153) Brand/Herrup(註 2), p. 75.

154) 법문상으로는 정부, 정부기관 또는 국가를 위해 직무를 수행하는 자라고 서술을 하고 있으나, 결국 국가가 당사자가 되는 경우라고 봐야 할 것이다.

155) 해당 내용은 예비초안 제1조 제3항 및 Nygh-Pocar 보고서 35면에서도 언급된 바 있다.

156) Brand/Herrup(註 2), p. 74.

157) Brand/Herrup(註 2), p. 74.

158) Commercial activity exception to the U.S. Foreign Sovereign Immunities Act, 28 U.S.C. § 1604(a)(2)

159) 석광현(註 32), 35-36면. 영미에서는 재판권이라는 개념을 사용함이 없이 우리가 말하는 재판권면제의 문제를 주권면제(sovereign immunity) 또는 국가면제(state immunity)와 외교관 또는 영사의 면제의 문제로 다룬다. 또한 영미에서는 재판권과 국제재판관할권 개념을 준별해서 사용하지 않는다. 주권면제는 재판권의 면제의 문제이다.

를 하는 사인은 불리한 입장에 놓이게 되는바, 이를 시정하려는 이론이다. 과거 우리 판례는 절대적 주권면제론을 채택하였으나, 대법원 1998.12.17. 선고 97다39216판결을 통해 제한적 주권면제론으로 입장을 선회한 바 있다.¹⁶¹⁾

국가 대 국가(State to State)의 소송의 경우에는 법적으로 어떻게 처리해야 하는지에 대해서 의문이 있을 수 있으나, 협약의 목적을 고려하자면 국가 간 소송이라고 하더라도 민사 혹은 상사 문제와 관련이 있다면 당해 협약의 적용 범위에 포함된다고 보는 것이 바람직하다고 생각한다.

나. 국가가 피고인 경우(제2조 제6항)

이는 제2조 제5항에서 논의되는 내용이 공법관계에도 동일하게 적용되는지에 대한 의문을, 명문 규정을 둠으로써 해결하려는 것이다.¹⁶²⁾ 예비초안 제1조 제4항에서 규정한 바가 있는 내용이고, Nygh-Pocar 보고서 p. 36.에서도 언급된 바가 있다.¹⁶³⁾¹⁶⁴⁾

동 조문의 이론적인 근거로는 국가행위이론(act of State doctrine)을 들 수 있다. 국가행위이론은 어느 국가의 법원이 타국이 자국 영역 내에서 행한 행위에 대하여는 가사 그것이 국제법위반이라고 주장되더라도 사법적 심사를 하지 않는다는 이론이다.¹⁶⁵⁾ 주권면제 이론이 국제법에

160) 정인섭, 신국제법강의 제4판(2013), 217면

161) “국제관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라 할 것이나, 국가의 사법적(私法的) 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관례라고 할 수 없다. 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 외국의 사법적(私法的) 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다.”고 판시한 바 있다.

162) Brand/Herrup(註 2), p. 75.

163) Brand/Herrup(註 2), p. 76, Hartley/Dogauchi(註 17), para. 87. 각주 119)

164) 관련 내용을 다른 협약으로 United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2005가 있다.

165) 정인섭(註 160), 239-240면. 카스트로 혁명 후 미국인 소유의 쿠바 내 설탕 공

의해 발전된 이론인 데 반하여, 국가행위이론은 미국 법원에 의하여 국내법의 원칙으로 발전된 이론이다.¹⁶⁶⁾

V. 전속적 관할합의의 개념(제3조)

제3조 전속적 관할합의

이 협약의 목적상

- a) “전속적 관할합의”는 둘 또는 그 이상의 당사자들에 의해서 체결되는 계약으로서, c)항의 요건을 구비하고, 특정한 법률관계와 관련하여 발생하였거나 발생할 수 있는 분쟁을 재판할 목적으로, 하나의 계약국의 법원들, 또는 하나의 계약국 내의 하나 또는 둘 이상의 특정한 법원들을 지정하고 다른 모든 법원들의 관할을 배제하는 계약을 의미한다.¹⁶⁷⁾
- b) 하나의 계약국의 법원들 또는 하나의 계약국 내의 하나 또는 둘 이상의 특정한 법원들을 지정하는 관할합의는 당사자들이 명시적으로 달리 정하고 있지 않으면 전속적인 것으로 본다.
- c) 전속적 관할합의는 다음의 방식으로 체결되거나 작성되어야 한다.
 - i) 서면
 - ii) 추후 참조를 위하여 사용될 수 있도록 정보에의 접근을 가능하게 하는 그 밖의 통신 수단
- d) 계약의 일부를 구성하는 전속적 관할합의는 그 계약의 다른 조건들과는 독립적인 계약으로 취급된다. 그 계약이 유효하지 않다는 근거만으로 전속적 관할합의의 유효성을 다툴 수는 없다.

장을 보상 없이 국유화한 쿠바 정부의 행위의 합법성 여부를 미국 법원은 심사할 수 없다고 판단하여 결과적으로 국제법 위반의 쿠바 법령의 실효성을 확인하였던 Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino 사건을 계기로 알려지게 된 이론이다.

166) 그러나 이런 법리는 유럽 대륙법계에서는 인정되지 않는다고 한다. 예컨대 A국이 자국 내 B국 국민 재산을 몰수하는 경우 국제사법원칙에 따라 국유화법령의 유효성을 판단할 것이라고 한다. 석광현(註 32), 36-37면

1. 전속적 관할합의의 성립 요건(제3조 a호)

동조의 내용은 제1조에 관한 서술 부분에서 다룬 바 있다. 이하에서는 중복되지 않는 범위 내에서 내용을 설명하고자 한다. 전속적 관할합의가 성립하려면 다음의 다섯 가지 요건을 구비할 것을 요구한다.¹⁶⁸⁾

가. 둘 혹은 그 이상의 당사자들간에 합의가 있을 것

즉, 최소한의 기본적인 동의(consent)가 있어야 할 것을 요구한다.¹⁶⁹⁾ 제3자가 명시적인 동의를 하지 않는 경우에도 당사자들 사이에서 한 재판관할합의가 제3자를 구속하는 경우가 있다. 예를 들면 제3자가 일방 당사자의 지위(standing)를 승계함에 따라 법률관계상의 권리와 의무를 인수(take over)하는 경우이다. 이는 국내법에 의해 결정할 문제이다.¹⁷⁰⁾

우리 민사소송법의 논의는 다음과 같다¹⁷¹⁾ : 상속인과 같은 포괄승계인에게 합의의 효력이 미치는 것은 당연하다. 소송물을 이루는 권리관계가 당사자 간에 자유로운 합의가 가능한 채권이라면, 양수인도 변경된

167) 국제재판관할합의는 설정적 관할합의(prorogation)와 배제적 관할합의(derogation)가 있다. 전자는 법률상 원래 국제재판권을 가지고 있지 않은 법원에 국제재판관할을 부여하는 합의이고, 후자는 원래 가지고 있던 국제재판관할을 배제하는 합의이다. 석광현(註 68), 83면. 협약에서 말하는 관할합의는 양자가 결합된 유형으로 볼 수 있다.

168) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 93 이하

169) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 96. Hartley/Dogauchi 보고서에서는 다음과 같은 예시를 들고 있다 - 협약 체결국인 A국에 거주하는 X가 협약 체결국인 B국에 거주하는 Y에게 e-mail로 현저히 불리한 조건이 담긴 계약 청약을 했다. 계약은 분쟁해결법원으로 C국 법원을 관할법원으로 지정하면서, 7일 내에 답장이 없으면 승낙한 것으로 의제한다는 점을 포함하고 있다. 동 e-mail이 스팸 제거 프로그램에 의해 삭제되었다. X가 계약이 유효하게 체결되었으며, 또한 관할합의가 있었음을 주장하면서 C국 법원에 소를 제기했다. 이 경우 C국 법원이 계약이 유효하게 체결되었으며 관할합의가 유효하다고 판단하였더라도, B국이나 다른 국가들은 관할합의가 존재하지 않았다고 볼 수 있다. 당사자의 의사가 일치한 것으로 볼 수 있는 경우가 아니기 때문이다.

170) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 97.

171) 이시윤(註 36), 111면

내용의 권리를 양수받았다고 볼 수 있기 때문에 합의의 효력이 양수인에게도 미친다고 봄이 원칙이다.¹⁷²⁾ 그러나 그 내용이 법률상 정형화되어 있는 물권의 경우에는 당사자가 그 내용을 자유롭게 대세적으로 변경할 수 없을 뿐만 아니라(민법 제185조¹⁷³⁾), 합의된 바를 등기부상 공시할 수 없는 것이기에 물권의 양수인은 양도인이 한 합의에 구속되지 않는다.¹⁷⁴⁾ 일반 제3자는 구속하지 않는다. 예를 들어 채권자와 보증채무자간의 합의는 주채무자에게는 미치지 않는다.¹⁷⁵⁾

나. 제3조 c호의 요구사항들을 만족할 것

172) 대법원 2006. 3.2. 선고 2005마902판결에서는 “관할의 합의는 소송법상의 행위로서 합의 당사자 및 그 일반승계인을 제외한 제3자에게 그 효력이 미치지 않는 것이 원칙이지만, 관할에 관한 당사자의 합의로 관할이 변경된다는 것을 실체법적으로 보면, 권리행사의 조건으로서 그 권리관계에 불가분적으로 부착된 실체적 이해의 변경이라 할 수 있으므로, 지명채권과 같이 그 권리관계의 내용을 당사자가 자유롭게 정할 수 있는 경우에는, 당해 권리관계의 특정승계인은 그와 같이 변경된 권리관계를 승계한 것이라고 할 것이어서, 관할합의의 효력은 특정승계인에게도 미친다”고 판시한 바 있다. 그런데 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다68209 판결에서는 “일본국에 거주하던 채권자와 채무자가 돈을 대차하면서 채권자 주소지 법원을 제1심 관할법원으로 하는 전속적 관할합의를 하였는데, 그 후 위 채권이 국내에 주소를 둔 내국인에게 양도되어 외국적 요소가 있는 법률관계가 된 경우, 위 관할합의의 효력이 이에 미치지 아니하여 대한민국 법원에 재판관할권이 있다”고 보았는바, 동 판결은 당사자들이 전속적 합의관할을 한 경우에도 그 의사에 반해서 다른 법원에 관할권을 인정했다는 점에서, 그리고 외국적인 요소가 있다는 이유만으로 채권이 양도되는 경우 그 양수인은 관할합의의 효력을 받는다는 대법원의 판시태도와 배치된다는 점에서 문제가 있다.

173) 제185조(물권의 종류) 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다.

174) 대법원 1994. 5. 26. 선고 94마536 결정에서는 “관할의 합의의 효력은 부동산에 관한 물권의 특정승계인에게는 미치지 않는다고 새겨야 할 것인바, 부동산 양수인이 근저당권 부담부의 소유권을 취득한 특정승계인에 불과하다면(근저당권 부담부의 부동산의 취득자가 그 근저당권의 채무자 또는 근저당권설정자의 지위를 당연히 승계한다고 볼 수는 없다), 근저당권설정자와 근저당권자 사이에 이루어진 관할합의의 효력은 부동산 양수인에게 미치지 않는다”고 판시한 바 있다.

175) 대법원 1988. 10. 25, 선고 87다카1728 판결은 “갑 회사와 을 회사의 보증인간에 그 보증채무의 이행에 관련된 분쟁에 관하여 갑 회사가 제소법원을 임의로 선택할 수 있다고 한 약정의 효력은 그 약정당사자가 아닌 을 회사에게까지 미칠 수 없다”고 판시하였다.

관할합의가 형식적 유효요건을 충족할 것을 요구하는 조문이다. 서면 이외의 다른 통신수단에 의한 방식이 허용된다는 점은 앞에서 본 바 있다.

다. 합의는 한 국가 내의 법원, 혹은 한 국가 내의 한 개 또는 그 이상의 법원을 지정하고 다른 모든 법원들의 관할권을 배제하는 것일 것

특정 법원을 지정하기로 하는 관할 합의는 '전속적'일 것을 요구한다. 명시적으로 지정한 법원 외에 다른 법원에도 관할권이 허용된다는 합의를 하는 비전속적 관할합의는 원칙적으로 협약의 적용 대상이 아니다. 관할합의가 전속적인지 판단이 어려운 경우에는 협약의 목적 및 협약 제 3조 b호에 비추어 전속적 관할합의를 한 것으로 볼 것이다.

라. 지정된 법원은 체약국 내에 있을 것

체약국이 아닌 비체약국의 법원을 지정한 경우에는 제6조에 의한 소송 절차의 중지 및 각하 의무가 없다.¹⁷⁶⁾ 협약의 효력은 비체약국에게까지 미치는 것은 아니기 때문이다. 다른 요건들을 다 만족하더라도 체약국 내의 법원이 아닌 법원을 지정한다면 이는 비전속적 관할합의로 본다.

마. 당해 협약상의 지정은 특정 법률관계와 관련해서 분쟁을 해결하기 위한 의도일 것

관할합의는 소송상 합의이며, 소송행위의 범주 내에 든다는 점을 반영한 요건이다. 관할합의는 분쟁 해결을 위한 목적으로 행해져야 한다. 또한 '법률관계'에 관한 것이면 충분하고 '계약'에 기한 것일 필요는 없다.

176) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 100.

2. 관할합의의 법적 성격 - 원칙적 전속적 관할합의 의제(제3조 b호)

동 조문은 협약의 적용 범위를 확장하기 의도로 규정한 것이다.¹⁷⁷⁾¹⁷⁸⁾ 제1조에서 본 바 협약은 전속적 관할합의에 적용되는데, 동 조문에 의하면 하나의 체약국의 법원들 또는 하나의 체약국 내의 하나 또는 둘 이상의 특정한 법원들을 지정하는 관할합의는 당사자가 ‘명시적’으로 달리 정하지 않는 한 전속적인 것으로 보기 때문이다.

예를 들면 당사자가 관할 합의 법원으로 ‘프랑스 법원’이라 지정한 경우에는 프랑스 내의 특정 법원을 지정한 것이 아니더라도 프랑스 법원 내에서의 전속적 관할합의가 인정된다고 본다. 그 내부에서 어느 법원에 사건이 배당되어야 하는가는 프랑스 법(즉, 국내법)이 결정할 사항으로 보고 있다.¹⁷⁹⁾

또한 프랑스 내부의 특정한 종류의 법원을 지정하는 합의 - 예를 들어, 파리 상사 법원(Commercial Court of Paris)으로 관할합의를 한 경우 또한 전속적 재판관할합의를 한 것으로 볼 수 있다. 파리 혹은 리옹(Lyon)의 법원에 소를 제기해야 한다고 보는 경우도 전속적 재판관할합의의 범주에 들어간다. A는 파리 법원, B는 리옹 법원에 소를 제기해야 한다고 지정하는 경우도 동일하다. 그러나, 서로 다른 국가의 둘 이상의 법원들을 지정하는 합의는 전속적 재판관할합의로 볼 수 없다고 본다.¹⁸⁰⁾

국제 소비대차 계약(loan agreement)에서는 종종 차주의 대주에 대한 소송절차는 X국에서만, 대주의 차주에 대한 소송절차는 X국 기타 법에

177) Brand/Herrup(註 2), p. 76.

178) 브뤼셀 I 규정 또한 당사자가 달리 합의하지 않는 한 관할합의는 전속적인 것으로 본다. 브뤼셀 I 규정 제23조 제1항 : 적어도 일방 당사자가 그의 주소를 회원국의 영토에 가지고 있는 당사국들이, 어느 회원국의 법원 또는 법원들이 이미 발생한 법적 쟁송 또는 특정한 법률관계로부터 발생하는 장래의 법적 쟁송에 관하여 재판하도록 약정한 때에는, 그러한 국가의 그러한 법원 또는 법원들이 관할을 가진다. 그러한 관할은 당사자가 달리 합의하지 않는 한 전속적이다. 브뤼셀 I bis 제25조 제1항 제2문 또한 당사자들이 달리 합의하지 않는 한 배타적인 관할권을 갖는다고 서술하고 있다.

179) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 103.

180) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 104.

의해 관할이 부여된 곳에서 가능하다는 비대칭적 관할합의(asymmetric agreements)¹⁸¹⁾ 조문을 삽입하는 경우가 있다. 이러한 관할 합의는 ‘전속적’ 관할 합의가 아니며, 따라서 협약의 적용대상은 아니라고 본다.¹⁸²⁾ 다만 협약상의 비전속적 관할합의에 관한 상호적 선언에 의해 협약의 적용범위에 포함시킬 여지는 있다(제22조).

VI. 기타 개념정의들(제4조)

제4조 기타 정의들

1. 이 협약에서의 “재판”은 명칭을 불문하고 본안에 관한 법원의 모든 판단을 의미하고, 결정 또는 명령과 법원(법원공무원을 포함한다)에 의한 비용 또는 경비의 결정을 포함한다. 다만, 그 결정은 이 협약상 승인 또는 집행될 수 있는 본안에 관한 재판에 관련된 것이어야 한다. 임시적 보호조치는 재판이 아니다.
2. 이 협약의 목적상, 단체 또는 자연인 이외의 사람은 다음의 국가에 거주하는 것으로 본다.
 - a) 정관상의 본거지
 - b) 설립 또는 조직의 준거법 소속국
 - c) 경영의 중심지 또는
 - d) 주된 영업소 소재지

1. 재판(Judgment)의 개념(제4조 제1항)

협약 제4조 제1항에서 재판의 개념에 대해서 명시적으로 규정한다. 즉, 이 협약에서의 ‘재판’은 명칭을 불문하고 본안에 관한 법원의 모든 판단을 의미하고, 결정 또는 명령과 법원(법원공무원을 포함한다)에 의한 비

181) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 105.

182) 협약의 제정 과정에서 전속적 관할합의는 소를 제기하는 당사자가 누구든지 불문하고 ‘전속적’인 것으로 해석될 수 있는 것이어야 한다는 점에 의견이 일치했다. 따라서 이와 같은 합의는 협약의 목적상 협약의 적용 대상이라고 볼 수 없다.

용 또는 경비의 결정을 포함한다.¹⁸³⁾ 다만, 본안에 관한 재판은 승인 또는 집행이 가능한 것이어야 하며, 임시적 보호조치(interim measures of protection)는 재판이 아니라 보고 있다. 임시적 보호조치는 우리 법상의 보전처분에 상응하는 것이다.¹⁸⁴⁾ 보전처분은 일반적으로 확정재판이 아니거나 종국적 재판이 아니므로 승인 및 집행의 대상이 되지 않는 것으로 이해되기 때문이다.¹⁸⁵⁾

재판(judgment)의 개념과 관련해서 승인판결(confession judgment)이 여기서 말하는 재판인지는 논란의 여지가 있다. 보고서에서는 승인판결의 경우에도 다른 재판의 경우와 동일하게 협약의 규율 대상이라고 서술하고 있다.¹⁸⁶⁾ 반면 우리 대법원은 캘리포니아 주법원의 승인판결(confession judgment)의 외국판결성을 부정한 바 있다.¹⁸⁷⁾ 동 판결에서 대법원은 “민사집행법 제26조 제1항에서 정하는 ‘외국법원의 판결’이라고 함은 재판권을 가지는 외국의 사법기관이 그 권한에 기하여 사법상(私法上)의 법률관계에 관하여 대립적 당사자에 대한 상호간의 심문이 보장된 절차에서 종국적으로 한 재판으로서 구체적 급부의 이행 등 그 강제적 실현에 적합한 내용을 가지는 것을 의미하고, 그 재판의 명칭이나 형식 등이 어떠한지는 문제되지 아니한다”고 판시하였으며, “승인판결(confession judgment)의 제도는 원고의 승인판결 신청이 있으면 법원서기가 사법기관이 관여하지 아니한 상태에서 작성된 피고의 채무승인진술서 및 피고의 대리인인 변호사의 확인진술서의 제출 여부만을 검토하여 이를 그대로 판결로 등록하는 것이고, 그 과정에서 당사자에 대한 상호간 심문의 기회 등이 보장되어 있다고 할 수 없다. 따라서 위와 같은 이른바 승인판결은, 비록 그 명칭이 ‘판결’이고 정식의 판결과 유사한 효력

183) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 116. 에서는 재판은 결석재판을 포함하며, 특허청(patent office)의 준사법적 판단(quasi-judicial functions)도 포함될 여지가 있다고 서술하고 있다. 각주 146) 참조. 우리법상으로는 특허심판원의 결정이 이에 해당할 것이다.

184) 석광현(註 1), 372면 각주 2)

185) 석광현, “외국판결의 승인 및 집행: 2001년 이후의 판결을 중심으로”, 국제사법과 국제소송 제5권(2012), 448면

186) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 24.

187) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다68910 판결

을 가진다고 하더라도, 또한 피고가 심문권 등 소송법상의 권리를 의도적·자발적으로 포기하기로 하고 승인판결절차를 이용하기로 사전에 동의하였다고 하더라도, 이를 법원이 당사자 상호간의 심문이 보장된 사법절차에서 중국적으로 한 재판이라고 할 수 없다.”고 판시한 바 있다. 승인판결제도는 명칭이 비록 판결이라고 하더라도 소의 제기를 전제로 하지 않는다는 점에서, 민사집행법 제26조 제1항이 말하는 외국판결의 요건을 구비하지 못한다는 것은 대법원이 판시한 ‘외국법원의 판결’의 정의에 비추어 볼 때 타당하다고 할 것이다.¹⁸⁸⁾ 다만, 심문(審問)은 서면심리를 보충하기 위하여 당사자, 이해관계인, 그 밖의 참고인에 게 특별한 방식 없이 적당한 방법으로 서면 또는 말로 개별적으로 진술할 기회를 주는 절차를 의미하는데, 상호 간의 심문의 기회가 보장될 것이라는 요건은 너무 엄격하다. “상호 간의 심문의 기회가 보장된 절차”라는 것은 외국판결의 개념요소라기보다는 별도의 방어권보장의 요건으로 이해하는 것이 적절하다고 할 것이다. 그렇지 않으면 방어권 보장의 요건을 제217조 제2호에서 별도로 규정할 필요가 거의 없기 때문이다.¹⁸⁹⁾

2.居所(residence)의 개념(제4조 제2항)

협약의 논의 과정에서 보통법계 국가들과 대륙법계 국가들 사이, 대륙법계 국가들 사이에서도居所(residence)와 관련해서 서로 다른 개념을 사용하고 있다는 점이 문제가 되었다.¹⁹⁰⁾¹⁹¹⁾

법인 개념이 탄생한 곳은 보통법계 국가인바, 전통적으로 법에서 정하고 있는 본거지를 주居所로 보았다.¹⁹²⁾ 그러나 관할과 관련해서는 경영의 중심지나 주된 영업소 소재지 또한 의미를 가진다고 보았다. 경영의 중심지(administrative center)는 가장 주요한 결정들이 행해지는 곳을

188) 석광현(註 185), 444면

189) 석광현(註 185), 445면

190) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 119.

191) Corporations in Private International Law, Oxford University Press 2001, Chapter 4 and 5, Hartley/Dogauchi(註 17), para. 119. 각주 149)에서 재인용.

192) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 120.

의미한다. 주된 영업소 소재지는 주요 경제적 활동의 중심지를 의미한다.

몇몇 대륙법계 국가들은 법인의 거소(residence) 결정을 위한 기준으로 법인의 본국법(the personal law of company)을 들고 있으나¹⁹³⁾, 대다수의 대륙법계 국가들은 본사소재지법(law of the “corporate seat”, *siège social*)을 거소 결정의 주요 기준으로 보고 있다.¹⁹⁴⁾¹⁹⁵⁾ 본사소재지법을 결정하는 것과 관련해서는 크게 두 가지 견해가 있다. 첫 번째 견해는 서류(legal document)상의 법인설립지를 거소로 보려는 견해¹⁹⁶⁾이며 (*siège statutaire*) 두 번째 견해는 실제 회사의 본사¹⁹⁷⁾가 어디인가에 중점을 두어 거소를 결정하자는 견해¹⁹⁸⁾이다(*siège réel*).

위와 같은 모든 논의를 포괄하고자 둔 조문이 협약 제4조 제2항이다.¹⁹⁹⁾ 즉 정관상의 본거지, 설립 또는 조직의 준거법 소속국, 경영의 중심지 또는 주된 영업소 소재지를 모두 거소를 판단하는 기준으로 삼고 있다.

3. 관련 문제

가. 절차와 관련된 문제

협약은 특별한 규정이 없는 이상, 체약국의 절차법에 어떠한 영향을 줄 것을 의도하고 있지는 않다. 협약에 따라 각국에서 소송절차가 진행된다고 하더라도 이는 기본적으로 각국의 절차법에 의할 것이다.²⁰⁰⁾ 협

193) 일본과 네덜란드가 이 입장이라고 한다. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 121, 각주 152)

194) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 121.

195) 우리 상법 또한 이와 같은 태도를 취한다. 상법 제171조(회사의 주소) 회사의 주소는 본점소재지에 있는 것으로 한다.

196) ‘설립준거법설’에 해당한다. 석광현(註 68), 201-204면

197) 이는 영미법상의 경영의 중심지(central administration)에 대응하는 개념이다.

198) ‘본거지법설’에 해당한다. 석광현(註 68), 201-204면

199) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 123.

200) 국제사법에서는 절차는 법정지법에 따른다는 법정지법원칙(*lex fori principle*)이 국제적으로 널리 인정된다. 석광현(註 68), 24면

약은 이미 선재하는 소송제도를 이용할 것을 의도하고 작성된 것이기 때문이다. 실제로 협약 제14조에서는 승인 또는 집행과 관련해서는 협약이 달리 규정하지 않는 한 요청받은 국가의 법에 의해 규율된다는 점을 명시하고 있다. 예를 들어, 소송능력을 결정하는 문제에 대해서 당해 협약이 어떠한 형태로 국내법을 규율하려 들지는 않는다.²⁰¹⁾ 소송 절차를 진행하는 과정에서 준수할 것이 요구되는 각종의 기한(time limit)과 관련해서도, 국내법에서 규정한 기한은 협약에 의해 수정되거나 적용이 배제되지는 않는다.

또한 협약의 목적 달성을 위해서 체약국이 특별한 구제수단을 강구할 것을 별개 규정으로 요구하지도 않는다. 다만 외국 재판의 원활한 승인 또는 집행을 위해 최선의 노력을 기울일 것을 의도할 뿐이다.

나. 조약의 적용 범위에 영향을 줄 수 있는 다른 조문들

협약 제4장과 제5장의 몇몇 조항들은 조약의 적용 범위에 영향을 줄 수 있다. 제21조(특정사항에 관한 선언), 제22조(비전속적 관할합의에 관한 상호적 선언), 제28조(불통일법체계에 관한 선언) 등이 그것이다.²⁰²⁾

제3장 재판관할에 관한 논의

I. 당사자 간 전속적 관할합의의 효력 인정(제5조) - 협약의 첫 번째 주요 원칙

1. 기본 원칙(제5조 제1항)

제5조 당사자들이 합의한 법원의 관할

1. 전속적 관할합의에 의하여 지정된 체약국의 법원 또는 법원들

201) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 91.

202) Brand/Herrup(註 2), p. 76.

은, 그 국가의 법률에 따라 그 합의가 무효가 아닌 한 그 합의가 적용되는 분쟁을 재판할 관할을 가진다.

가. 일반적인 논의

동 조문은 합의가 무효로 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한, 당사자들이 합의한 법원이 관할권을 가진다는 것을 규정한 조문이다.²⁰³⁾ 협약의 실질적 유효성과 관련해서, 협상 초기에는 협약이 하나의 완결된 체계로서 다루어져야 하며, 그 결과 각국의 법체계가 별도로 개입할 여지가 없으리라 생각했다. 추후에 재판관할합의의 실질적 유효성 판단과 관련해서, 적어도 당사자들의 동의가 존재하지 않거나 능력 요건에서 흠결이 있는 경우에 한해서는 좁은 의미의 내국법의 일반적인 공서 조항(*general public policy*)에 맡겨두자는 견해가 등장했다. 이외에도 협약에서 어떠한 규율도 하지 말자는 견해, 당사자들이 합의한 법원의 판단에 전적으로 맡기자는 견해, 소가 제기된 법원 혹은 당사자들이 합의한 법원의 판단에 따르도록 하자는 국제사법원칙을 채택하자는 견해 등이 주장되었다. 협상이 진행되는 과정에서, 협약 제5조, 제6조, 제9조에서 규율하고 있는 바와 같이 당사자들이 합의한 법원의 내국법에 따라 그 합의가 무효인 경우라는 조문이 도출되었다.²⁰⁴⁾

동 조문과 관련해서는 다음과 같은 점들이 쟁점이 된다 - (1) 관할합의의 유효성의 준거법 확정 (2) 합의의 존재 여부 확정 (3) 합의의 무효사유 판단 여부 확정이다.

나. 관할합의의 유효성 판단의 준거법

관할합의의 유효성을 판단하는 기준이 되는 준거법이 무엇인가에 대해

203) Brand/Herrup(註 2), p. 78.

204) Vrellis(註 50), pp. 770-771.

서, 협약에서는 합의의 존재 여부 확정과 관련해서 어떠한 법률이 적용되어야 하는지에 대해서 규정하고 있지 않은바, 법정지법(law of the forum) - 이는 국제사법규칙(choice of law rules)을 포함한다 - 이 적용되는 것으로 본다.²⁰⁵⁾ 이 경우 반정(*renvoi*)을 인정하게 되는바, 이는 재판관할합의의 유효성을 판단하는 과정에서 소가 제기된 법원과 당사자들이 합의한 법원 간에 일치하는 결론을 내리게 하기 위한 것이라 설명한다.²⁰⁶⁾ 반정을 허용함으로써 불확실성과 예측불가능성을 높인 것처럼 보일 수 있으나, 반대로 당사자가 (비록 혼하지는 않지만) 합의한 법원이 아닌 다른 국가의 법을 준거법으로 선택할 자유를 보장한다는 측면도 있다. 따라서 실제로 당사자들이 계약의 준거법을 결정하는 합의를 하는 경우, 해당 준거법은 또한 재판관할합의의 실질적 유효성을 판단하는 역할을 하게 된다. 만약 준거법을 결정하는 합의가 없다면, 법원은 재판관할합의의 유효성을 판단하는 법을 스스로 결정해야 하는바, 이 경우에는 영국처럼 재판관할합의를 한 법원의 법으로 계약의 준거법을 결정하려는 경향이 강한 법원이 다른 법원에 비해서 비교 우위에 설 것이라는 견해가 있다.²⁰⁷⁾

그러나 관할합의에 반정을 인정하게 된다면 합의의 유효성에 관한 국제사법규칙이 정립되지 않은 국가의 경우 법적 안정성이 손상되고, 나아가 반정을 허용하지 않는 주된 계약²⁰⁸⁾과 준거법이 서로 달라질 가능성이 있다.²⁰⁹⁾ 절차법적 문제에 있어서는 법정지의 절차법에 따르는 것이 원칙이고, 실체법적 문제에 있어서는 각국의 국제사법 규정에 따라 동법이 지정하는 국가의 법률을 지정한다는 점에 착안해서 관할합의의 법적

205) Brand/Herrup(註 2), p. 79.

206) Vrellis(註 50), p. 773.

207) Beaumont/Yüksel(註 43), pp. 575-576.

208) 국제계약의 경우 통상 반정은 허용되지 않는다. 우리 국제사법의 입장 또한 같다. 제9조(준거법 지정시의 반정(反定)) ① 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정된 경우에 그 국가의 법에 의하여 대한민국 법이 적용되어야 하는 때에는 대한민국의 법(준거법의 지정에 관한 법규를 제외한다)에 의한다.

② 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

2. 이 법에 의하여 계약의 준거법이 지정되는 경우

209) 석광현(註 1), 201면

성질을 토대로 준거법을 판단하려는 견해가 있다.²¹⁰⁾ 즉, 관할합의의 법적 성격이 실체계약인지 혹은 소송계약인지를 먼저 결정한 후, 그에 따른 결론을 내리고자 하는 것이다.²¹¹⁾ 그러나 관할합의의 법적 성질론은 그 자체로 준거법의 문제를 해결해주지는 못한다. 무엇보다도 관할합의의 법적 성질이 무엇인지에 대해서는 지금도 통일된 의견이 존재하지 않는다.²¹²⁾ 실제로는 관할합의의 법적 성질을 토대로 준거법을 결정하는 것보다는 관할합의의 법적 성질에 관계없이 남용에 대한 통제의 문제를 포함한 관할합의의 유효요건, 방식과 효력은 법정지법에 의해 판단할 것이며, 관할합의의 성립과 유효성은 통상의 국제계약과 마찬가지로 법정지의 국제사법이 지정하는 준거법에 의하는 것이 간명하다고 본다.²¹³⁾

210) 가령 김용진, “國際管轄에 관한 當事者の 合意,” 李時潤博士 華甲紀念論文集, 民事裁判의 諸問題(下)(1995), 97면에서는 관할합의의 준거법을 결정함에 있어서 관할합의에 대한 혼성설적 입장에서 그 성립이나 해석을 실체법적으로 파악하는 통설과 판례의 입장은 타당하다고 서술하고 있다. *Lex fori* 원칙을 적용하여 법정지의 민사소송법의 흠결을 법정지의 실체법적 원칙에 따라 보충한다면 합의의 준거법이 당사자의 당초의 의사와는 무관하게 불합리한 결과를 가져오기 쉽다는 점을 그 논거로 든다.

211) 실체계약설은 재판관할합의가 기본적으로 소송계약의 성질을 가짐을 부인할 수는 없으나, 재판관할합의에 의하여 합의된 법정지의 국제사법이 적용되고 그 국제사법에 따라 분쟁에 적용될 실체법이 정하여지는 등 실체법적 효과도 있으므로 바로 소송계약으로 단정할 것이 아니라 실체계약적 성질도 인정할 수 있다는 견해이며, 소송계약설은 재판관할합의는 어느 국가의 법원에서 재판을 할 것인가 하는 절차적인 문제에 관한 합의이므로 당연히 소송계약의 성질을 가진다는 견해이다. 손경한(註 49), p. 423. 동 논문에서는 재판관할합의를 재판관할조항과 재판관할계약의 경우로 나누어서 재판관할조항은 실체계약인 본 계약의 일부로서 실체계약적 성질을 잃는 것은 아니라고 보며, 본 계약과 별도로 체결되는 재판관할계약은 재송절차의 구체화에 더 중점이 놓이며 또한 재판절차의 진행을 전제로 체결되는 것이므로 소송계약의 성질을 가진다고 본다.

212) 한충수, “국제재판관할합의에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 박사학위 논문(1997), 50면 이하. 일반적으로 분쟁해결합의의 법적 성질을 논하는 실익은 1) 분쟁해결합의의 당사자 능력에 관한 문제로서 분쟁해결합의가 성립하기 위하여 실체계약설에 따르면 당사자는 권리능력 및 행위능력을 가져야 하고 소송계약설에 따르면 당사자능력 및 소송능력을 가져야 하며 2) 실체계약설에 따르면 분쟁해결합의에는 폭넓은 당사자자치를 인정할 수 있는데 반해 소송계약설에 따르면 엄격한 절차법의 지배를 받고 당사자자치의 원칙이 적용될 여지는 좁아지게 되고 3) 준거법에 있어서 실체계약설에 따르면 당사자가 분쟁해결합의의 준거법을 정할 수 있으나 소송계약설에 따르면 절차는 법정지법에 의한다는 원칙에 따라 분쟁해결합의에 법정지법이 적용된다는 점에 있다고 설명한다. 손경한, “분쟁해결합의에 관한 일반적 고찰”, 법조 통권 제675호(2012), pp. 50.

실제로 대부분의 국제협약에서는 이와 같은 경우 명시적으로 반정을 배제하고 있다.²¹⁴⁾

다. 합의의 존재 여부 확정

국제재판관할의 합의는 기본적으로 소송계약²¹⁵⁾으로, 관할합의가 유효하게 존재하려면 당사자 간에 의사의 일치(meeting of the minds)가 있어야 한다. 이는 제3조 c호에서처럼 일정한 형식을 요구하는 것과는 구별된다. 합의의 존재 여부를 판단하는 기준을 엄격하게 설정한다면, 합의가 존재하는 것으로 판단될 경우 이에 대한 법적인 확신을 부여하기는 용이하나 협약의 이용가능성이 떨어진다. 반대의 경우라면 협약의 이용가능성은 광범위하게 보장되는 반면에 합의가 실제로 존재하는지를 판단함에 어려움이 있을 수 있다.²¹⁶⁾

라. 합의의 유효성 여부 판단

어떠한 경우에 국가의 법률(law of the state)²¹⁷⁾에 따라 합의가 무효(null and void)인지에 대해서는 협약에서 별도로 정의내리고 있지는 않다.²¹⁸⁾ 이 점은 뉴욕협약 제2조 제3항²¹⁹⁾과 동일하다. 이는 형식적으로

213) 석광현 “선하증권에 의한 국제재판관할합의의 문제점 - 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다20093 판결”, 국제사법과 국제소송 제3권(2004), 220-221면.

214) Beaumont/Yüksel(註 43), p. 575

215) 이는 현재 계속 중이거나 장래 계속될 특정의 소송에 대해 직접·간접으로 어떠한 영향을 미치는 법적 효과의 발생을 목적으로 한 당사자의 합의를 의미한다. 이시윤(註 36), 381면.

216) Brand/Herrup(註 2), p. 79.

217) 여기서 말하는 국가의 법률(law of the state)은 당해 국가의 국제사법(choice-of-law)원칙을 포함하는 것으로 볼 것이다. 만약 이러한 의도가 아니었다면 당해 문구는 “law of the State”가 아니라 “internal law of the State”가 되었을 것이기 때문이다. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 125. 각주 157) 실제로 선택국 법원은 유효성 판단을 위해서 자국의 국제사법원칙을 적용할 수 있다(Vrellis(註 50), p. 771.)

218) 브뤼셀 I 규정 제23조 및 브뤼셀 I bis 제25조에서는 오직 형식적 유효요건만을 다룬다. 그러나 재판관할합의가 법적인 효력을 가지기 위해서는 형식적 유효

판단 가능한 무효 사유²²⁰⁾가 아니라 실질적으로 법원의 판단이 필요한 무효 사유이다. 무효(null and void)라는 말은 실질적 유효성의 결여(lack of substantive validity)라 볼 수 있기 때문이다. 결국은 이는 개별 사안 별로 법원이 판단할 문제이다.²²¹⁾ 일반적으로는 부실표시(misrepresentation)²²²⁾, 강박(duress), 사기(fraud), 착오(mistake), 무능력(lack of capacity)등을 들 수 있을 것이다.²²³⁾

2. 관할을 갖는 법원의 관할 행사 거부 금지(제5조 제2항)

제5조 당사자들이 합의한 법원의 관할

2. 제1항에 따라 관할을 가지는 법원은 그 분쟁이 다른 국가의 법원에 의하여 재판되어야 한다는 근거로 관할을 행사하는 것을 거부할 수 없다.

가. 조문의 취지

요건 외에 실질적 유효요건도 갖추어야 한다. 제23조 및 제25조에서 다루는 핵심적인 요소는 “합의”이기 때문이다. ECJ는 이점에 대해서 일관되게 “당사자 간에 계약국의 법원을 관할법원으로 합의하는 진의에(genuine) 의한, 또 정확한(precise) 합의가 있어야 하며, 분쟁이 발생해서 재판관할합의에 의해 심리를 담당하게 된 법원은 그와 같은 합의의 존재 여부를 심리할 의무가 있다.”고 판시하고 있다(Beaumont/Yüksel(註 43), pp. 571-572.)

219) 제2조 제3항. 당사자들이 본조에서 의미하는 합의를 한 사항에 관한 소송이 제기되었을 때에는 계약국의 법원은 전기 합의를 무효, 실효 또는 이행불능이라고 인정하는 경우를 제외하고 일방당사자의 청구에 따라서 중재에 부탁할 것을 당사자에게 명하여야 한다.

220) 가령 협약 제3조 c호의 전속적 관할합의의 방식을 갖추지 못한 경우 - 이는 형식적 유효성(formal validity) 요건에 해당한다.

221) 우리 민사소송법 이론은 일반적으로 합의에 흠(통정허위표시, 불공정한 행위, 착오, 사기, 강박)이 있을 때에 민법의 규정을 유추적용 해야 한다고 본다. 관할의 합의는 소송행위이지만 소의 제기나 소의 취하와 같이 직접 법원에 대하여 하는 행위가 아니라, 민법상의 계약처럼 법원의 관여 없이 당사자 사이에서 체결되기 때문이라고 한다. 이시윤(註 36), 107면.

222) 당사자의 일방이 사실에 관하여 허위의 진술을 하여 상대방을 계약체결으로 유도한 경우를 의미한다. 이호정, 영국 계약법(2003), 209면.

223) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 126.

이는 제5조 제1항의 당사자들이 합의한 법원의 관할권 행사와 관련해서, 동 조문의 실효성을 확보해주기 위한 조문이다. 다른 국가가 아니라 당해 국가 내에서 다른 법원이 관할권을 갖는다는 이유로 관할을 행사하는 것을 거부하는 경우에는 동 조문은 적용이 없다.²²⁴⁾ 이는 재판의 이송(transfer)에 의해 처리할 문제이기 때문이다.²²⁵⁾

동 조문의 ‘국가’가 미국이나 영국과 같은 불통일법체계 내에서의 영토적 단위도 포함하는지가 문제가 된다. 이는 협약 제25조 제1항 c호에서 규정하는 ‘어느 국가의 법원 또는 법원들에 관한 모든 언급은, 적절한(appropriate) 경우에는 당해 영토적 단위 내의 법원 또는 법원들에 대한 언급’에 해당하느냐의 문제인데, 부정할 이유가 없다고 생각한다. 영국의 경우에는 ‘the courts of England’라 적시한 경우에는 Scotland 법원은 해당되지 않는다. 따라서 Scotland 법원에 제기된 소는 각하될 것이다. 반면에, ‘the courts of the United Kingdom’이라 적시한 경우에는 Scotland 법원은 포함된다고 본다. 이 경우에는 각 영토적 단위에게 이송하여야 할 것이라고 본다.²²⁶⁾ 미국의 경우에는 주 법원(state court)과 연방법원(federal court)과의 관계가 문제된다. 예를 들어 ‘the courts of the state of New York’이라 적시한 경우에는 New Jersey 법원에서 제기된 소는 각하가 되겠지만, ‘the courts of the United States’라 적시한 경우라면 연방 법원에서 주 법원으로의 이송에 의한 문제 해결이 가능하다고 본다.²²⁷⁾

나. 부적절한 법정지의 법리(*Forum non conveniens*)와 국제적 소송경합(*Lis Pendens*) 법리와의 조화

국제민사소송에서 서로 다른 국가에서 각각 소가 제기된 경우에 어떻

224) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 126.

225) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 127, 각주 160)

226) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 129.

227) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 130.

게 처리하는가에 대해서는 보통법계와 대륙법계는 별개의 이론을 발전시켜나가고 있다.

(1) 부적절한 법정지의 법리(*Forum non conveniens*)

우선, 보통법계에서는 ‘부적절한 법정지의 법리’이론을 사용해서 이 문제를 해결하고 있다. 부적절한 법정지의 법리(*Forum non conveniens*)는 국내 법원에 제기된 국제민사소송에서 국내 법원이 국제재판관할을 가지더라도 외국 법원이 더 적절한 법정지인 경우 소송을 중지하거나 소를 각하할 수 있다는 법리를 의미한다.²²⁸⁾

영국 법원은 *Spilada Maritime Corporations v Cansulex Ltd.* 사건²²⁹⁾에서 국제재판관할권을 가지는 대체법정지가 있고 그곳이 소송을 심리하기에 적절한 법정지라는 점, 즉 당해 사건이 모든 당사자들의 이익과 정의의 목적을 위하여 그곳에서 보다 더 적절하게 심리될 수 있음을 확신하는 때에는 부적절한 법정지의 법리에 기하여 소송절차를 중지함으로써 관할권의 행사를 거부할 수 있다고 판시한 바 있다.²³⁰⁾

미국 연방대법원은 *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*²³¹⁾ 사건에서 버지니아주에 거주하면서 창고를 운영하는 원고가 펜실베이니아주 회사인 피고를 상대로 하여 피고가 원고의 창고에 휘발유를 주유하던 중 과실로 폭발과 화재를 야기하여 원고의 창고를 소실하였음을 이유로 뉴욕 주 연방지방법원에서 불법행위로 인한 손해배상을 청구한 사건에서, 피고가 부적절한 법정지의 법리를 원용하면서 원고가 거주하고 피고가 영업을 하는 버지니아주가 적절한 법정지라 주장했던 것이 받아들여진 바 있다.²³²⁾

228) 석광현(註 32), 85면. 동 법리가 처음 언급되었던 것은 1972년 미 연방대법원의 *Bremen v. Zapata* 사건이다. 이는 *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute* 사건에서 더 구체화되었다. 자유로운 협상을 통해서 구매한 것이 아닌 여행 티켓과 관련된 분쟁에서, 적절한 법정지에서 소가 제기된 경우에도 *Forum non conveniens*의 법리의 사용가능성을 인정하였다. Brand/Herrup(註 2), p. 83.

229) *Spilada Maritime Corporations v Cansulex Ltd.* [1987] AC 460.

230) 석광현(註 6), 133-134면 참조.

231) *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 508(1947).

232) 석광현(註 6), 115-116면 참조.

부적절한 법정지의 법리가 적용되는 경우 소송의 중지나 소의 각하는 법원의 재량이다.²³³⁾ 법원은 사익적 요소들과 공익적 요소들을 형량하여 외국이 더 적절한 법정지인지 여부를 판단한다.²³⁴⁾

(2) 국제적 소송경합(*Lis Pendens*)의 법리

국제적 소송경합(*Lis Pendens*)²³⁵⁾의 법리는 대륙법계에서 수용되는 법리이다. 국제적 소송경합(*Lis alibi pendens*)은 동일 당사자 간에 동일 소송물에 관하여 외국법원에 전소가 제기되어 계속 중 어느 당사자가 국내법원에 후소를 제기하거나, 또는 반대로 국내법원에 전소가 제기되어 계속 중 외국법원에 후소가 제기되어 국제적 병행소송(parallel proceeding)이 존재하는 경우를 의미한다. 단순히 소송계속(*Lis Pendens*)이라고도 한다. 이 경우 당사자(parties)와 소송물(cause of action)이 동일한 경우 후소 절차를 중지하거나 후소를 각하하는 원리를 의미한다.²³⁶⁾

독일의 다수설과 판례는 국제소송경합을 승인예측을 기초로 중복제소에 준해서 처리한다. 외국에 이미 계속되어 있는 소송에서 장래 판결이 선고될 경우 그것이 국내에서 승인 가능할 것으로 예측되는 때에는 그 외국판결은 국내에서도 기판력을 가지므로, 그러한 경우에는 중복제소금지의 원칙을 정한 독일 민사소송법의 규정의 취지를 유추하여 국제적 소송경합을 제한해야 한다는 견해이다.²³⁷⁾

우리나라는 민사소송법 제217조와 제259조를 근거로 승인받을 가능성이 예측되는 때에는 중복제소에 준해 해결하자는 것이 다수설이다.²³⁸⁾ 판례 또한 같은 입장에서 “외국법원의 확정판결은 민사소송법 제217조

233) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 132.

234) 석광현(註 32), 86면

235) 석광현(註 32), 187면 및 각주1) 참조

236) Brand/Herrup(註 2), p. 82. 우리 민사소송법 제259조의 중복된 소제기의 금지 원리가 여기에 해당한다.

237) 석광현(註 6), 87면 참조.

238) 이시윤(註 36), 282면, 호문혁(註 378), 159면, 정동윤/유병현(註 495), 272면 등

각 호의 요건을 모두 충족하면 우리나라에서 그 효력이 인정되고, 외국 법원의 확정판결이 위 승인요건을 구비하는 경우에는 이와 동일한 소송을 우리나라 법원에 다시 제기하는 것은 외국법원의 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용되지 않으므로, 외국법원에 소가 제기되어 있는 경우 그 외국법원의 판결이 장차 민사소송법 제217조에 의하여 승인받을 가능성이 예측되는 때에는 민사소송법 제259조에서 정한 소송계속으로 보아야 할 것이므로, 이와 동일한 사건에 대하여 우리나라 법원에 제소한다면 중복제소에 해당하여 부적법하다.”²³⁹⁾고 판시한 바 있다.

국제적 소송경합의 법리가 적용되는 경우 소송의 중지나 소의 각하는 법원의 재량이 아니다. 또한 소송의 중지 및 소의 각하 시에 사익적 요소 및 공익적 요소와 같은 제반 사정들을 별도로 고려하지 않는다.²⁴⁰⁾

(3) 협약 제5조 제2항에 의한 해결

협약의 조문은 부적절한 법정지의 법리와 국제적 소송경합의 법리 사이에서 발생할 수 있는 문제를 해결하려는 의도 하에서 규정된 것이다.

보통법계 국가에서는 ‘법정으로의 경주(race to courthouse)’ 또는 ‘판결을 위한 경주(race for a judgment)’라는 용어²⁴¹⁾에서 볼 수 있는 것처럼 일반적으로는 병행소송이 허용된다. 병행소송이 허용되는 법제 하에서는 처음으로 내려진 판결에 그 효력을 인정하는바, 특정 법원으로 전속적 재판관할합의를 한 취지를 회피하는 용도로(가령 재판관할합의를 한 법원과 별개의 법원에 먼저 소를 제기해서 판결을 선고받는 등) 이러한 법제를 이용할 가능성이 있다.²⁴²⁾ 실제로 부적절한 법정지의 법리(*Forum non conveniens*)를 적용해 법원이 관할권이 있다고 판단한 법원과 당사자가 전속적 관할합의(*exclusive choice of court agreement*)를 한 법원 중 어디에서 재판을 받는 것이 우선하는지는 미국 법원 내에서

239) 부산지방법원 2007. 2.2. 선고 2000가합7960판결.

240) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 133.

241) 석광현(註 32), 195면

242) Brand/Herrup(註 2), p. 82.

도 확립된 원칙이 존재하지 않는다.²⁴³⁾ 제5조 제2항 및 제5조 제3항을 종합해 볼 때 전속적 재판관할합의가 있는 경우에는, 선택된 법원이 이송을 할지에 관하여 재량을 가지는 경우라 하더라도 당사자들의 선택을 적절히 고려해야 한다고 보고 있다.²⁴⁴⁾ 다만 불법행위의 경우에는 제2조 제2항 j호 및 k호에 의해서 협약으로부터 제외되는 경우가 있을 수 있고, 이 경우에는 부적절한 법정지의 법리가 제한 없이 적용될 수 있다고 보고 있다.²⁴⁵⁾

대륙법계 국가에서는 전소가 제기되어 소송계속이 된 경우에는 그 소가 비록 부적법하거나 이유 없다고 판단되는 경우라도 이에 관한 명시적인 판단이 나오기 전까지는 후소 제기가 금지된다. 유럽사법재판소(European Court of Justice)는 브뤼셀 I 규정의 모태가 된 브뤼셀 협약상의 조문을 적용함에 있어서, 동 조문의 규정 취지는 전속적 재판관할합의의 효력을 회피하는 수단으로 후소를 제기하는 것을 막는다는 점에 있다고 판시하고 있다.²⁴⁶⁾ 국제적 소송경합(*Lis Pendens*)의 법리는 브뤼셀 I 규정 제27조²⁴⁷⁾에 규정되어 있다.

243) Brand/Herrup(註 2), p. 83. 각주 9)

244) Forum non conveniens: history, global practice and future under the hague convention on choice of court agreements, 3 cile studies(2007), Ronald A. Brand & Scott R. Jablonski, Brand/Herrup(註 2), p. 83. 각주 9) 에서 재인용.

245) Brand/Herrup(註 2), p. 83.

246) Brand/Herrup(註 2), p. 82. 각주 4) Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl. 판결. 쌍방 당사자가 전속적 재판관할합의계약을 체결하였으나 일방당사자가 이에 위배해서 다른 회원국의 법원에 제소한 사건이다. 유럽사법재판소는 최초의 수소법원에 전속적인 권한 판단(exclusive competence)를 인정하였다. 후소 법원은 계약에서 전속적 재판관할이 인정되더라도 전소법원이 재판관할을 거절할 때까지 소송을 중지하여야 한다고 판결하였다.

247) 제27조 제1항 동일한 청구에 관하여 동일한 당사자들간에 상이한 회원국들의 법원에 소송이 계속한 때에는, 최초로 소송이 계속한 법원 이외의 법원은 최초로 소가 계속한 법원의 관할이 확정될 때까지 직권으로 소송을 중지하여야 한다. 한편, 브뤼셀 I bis의 경우에는 Gasser 사건에서의 결론에 대한 비판 및 협약에서 제시된 해결방안을 반영한 결과 브뤼셀 I 규정과는 달리 동일한 청구에 관하여 동일한 당사자들 간에 1. 당사자들이 합의하지 않은 법원에 먼저 소송 계속이 되었고 2. 추후 당사자들이 합의한 법원에 소송 계속된 경우에는 당사자들이 합의된 법원에서의 절차 개시가 가능하다. 이는 소위 ‘어뢰소송(torpedo litigation)’의 폐해를 피하고자 하는 것이다. Matthias Weller, “Choice of Forum Agreements Under the Brussels I Recast and Under the Hague Convention: Coherences

협약 제5조 제2항에서는 전속적 재판관할합의를 한 법원은 다른 법원에 이미 소가 제기되어 소송계속이 발생한 상황이라 하더라도, 재판관할합의를 한 법원에 소가 제기되었다면 이를 내세워서 관할을 행사하는 것을 거부할 수 없다고 규정한다. 동 조문은 국제적 소송경합의 법리를 엄격하게 적용할 경우 발생할 수 있는 당사자의 소송상 이익(원하는 법원을 전속적 재판관할합의법원으로 선택한 점)의 침해를 방지하는 역할을 한다.

다. 전속적 재판관할합의가 영향을 미치지 않는 사항(제5조 제3항)

제5조 당사자들이 합의한 법원의 관할

3. 전항들은 다음의 규칙들에 영향을 미치지 아니한다.

a) 분쟁의 대상 또는 청구의 가액에 관한 관할

b) 계약국의 법원들간의 관할의 내부적 분배

그러나 당사자들이 합의한 법원이 이송을 할지에 관하여 재량을 가지는 경우에는 당사자들의 선택을 적절히 고려하여야 한다.

동 조문은 사물관할(subject-matter jurisdiction)²⁴⁸⁾의 문제를 다룬다. 예를 들어 이혼(divorce), 조세(tax), 특허(patent)문제는 특수 법원에서

and Clashes”, Journal of Private International Law, Vol. 12 Issue 3(2016), p. 22.

248) 이는 미국법에서 인정되는 개념인바, 연방법원이 상이한 州籍을 가지는 당사자들 간의 사건을 재판할 수 있는 권한과 같이 당사자와 법정지간의 관계를 고려함이 없이, 일정한 유형 또는 범주의 사건을 재판할 수 있는 법원의 권한을 말한다. 한충수, “미국법상의 관할체계, 연방법원의 민사사건 관할권(federal subject matter jurisdiction)을 중심으로”, 한양대학교 법학연구소(1998) 185면. 석광현(註 6), 98면에서 재인용. 한편 우리 법에서 사물관할(value of the claim)이라는 용어는 제1심 소송사건을 다루는 지방법원 단독판사와 지방법원 합의부 사이에서 사건의 경중을 기준으로 하여 제1심 소송사건에 대한 재판권의 분담관계를 정해 놓은 것을 의미한다. 이시윤(註 36), 91면. 몇몇 국가는 subject-matter jurisdiction안에 우리 법상의 사물관할 개념을 포함하기도 하고, 우리나라처럼 양자를 별개로 보기도 한다. 따라서 협약은 양 개념을 병렬적으로 언급하고 있다. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 138.

다루는 경우가 있다. 이 경우에는 특수 법원이 계약 위반(breach of contract)의 문제를 다룰 관할이 없을 수 있다. 따라서 만약 당사자가 전속적 관할합의로 특수 법원을 지정했다고 하더라도, 동 조문에 의해 당해 법원이 협약에 따라 사건을 심리할 것으로 강제(oblige)되지는 않는다.²⁴⁹⁾ 오히려 국내법상 이송 의무가 있으면 동 조문에 의해 관할권이 있는 법원으로 사건이 이송될 것이다.

미국과 같은 연방 국가에서는 사물관할권과 관련해서 주 법원과 연방 법원 사이의 사건 배당(allocation)이 문제될 수 있다.²⁵⁰⁾ 일반적으로는 주 법원은 그들로부터 관할을 박탈하는 특별한 규칙이 없으면 모든 사건에 대해 사물관할권을 가진다. 반면에 연방법원은 특정한 규칙에 의해 관할이 수여된 범위에 한해서만 관할권을 가진다. 따라서 연방법원에 사물관할권이 수여되지 않은 사항에 대해서 당사자가 관할법원으로 연방법원을 지정하는 경우, 연방법원은 사건을 심리(hear) 할 수 없다.

협약은 국제재판관할이나 외국 재판의 승인 또는 집행과 관련이 없는 국가 내부의 절차 문제를 규율하려는 의도 하에 제정된 것이 아니다.²⁵¹⁾ 이는 어디까지나 해당 지역 절차법(local procedural law)을 법원이 고려해서 결정할 사항이다.²⁵²⁾ 동 조문은 협약 제23조의 통일적 해석의 원칙 - 국제적 성격 및 적용상의 통일을 증진할 필요성을 고려하여야 한다 - 에 대비되어 당사자 자치(party autonomy) 및 국가 이익(state interest)을 고려하고자 한 것이다.²⁵³⁾ 다만 당사자가 이러한 사실을 알고 고의로 사물관할권이 없는 법원을 대상으로 전속적 재판관할합의를 할 수 있으며, 이를 이용해 특정 법원으로 재판 관할을 확정하는 것을 피하거나, 이에 따르는 재판의 승인 또는 집행을 회피하는 식으로 소송 전략을 짤 가능성도 있다.

249) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 135.

250) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 136.

251) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 138.

252) Section 1404(a) of 28. U.S.C.에서는 for the convenience of parties and witnesses, in the interest of justice, a district court may transfer any civil action to any other district of division where it might have been brought라 언급하고 있다.

253) Brand/Herrup(註 2), p. 86.

II. 당사자들이 관할 합의 대상으로 삼지 않은 법원의 의무(제6조) - 협약의 두 번째 주요 원칙

제6조 당사자들이 합의 대상으로 삼지 않은 법원의 의무

당사자들이 합의한 법원의 국가 이외의 계약국의 모든 법원은, 다음의 경우를 제외하고는 전속적 관할합의가 적용되는 소송절차를 중지하거나 각하²⁵⁴⁾하여야 한다.

1. 기본 원칙

제6조는 협약의 두 번째 주요 원칙을 규정한다.²⁵⁵⁾ 이는 협약 제5조 제1항에 상응하는 조문이라고 볼 수 있다. 당사자들이 합의한 법원이 관할을 행사할 의무가 없다면, 다른 계약국의 모든 법원들이 소송절차를 중지하거나 각하할 의무가 없다고 볼 수 있기 때문이다.²⁵⁶⁾ 동 조문에 의해서 부적절한 법정지의 법리가 배제되었다고도 볼 수 있다. 부적절한 법정지의 법리의 적용 여부에 대한 법원의 판단은 현재 법원에 소가 제기된 상태임을 전제로 하기 때문이다. 즉, 다섯 가지 예외 사유가 없는 한 당사자들이 합의한 법원의 국가 이외의 계약국의 모든 법원에서는 사건을 심리하지 않을 의무를 부담한다. 제6조는 관할을 별도로 창설하는 조항이 아니다. 국내법에 의하면 재판관할이 인정되는 경우라 하더라도 이를 배제하려는 조항이다. 실제로 전속적 재판관할합의에 의해 지정된 법원이 아닌 다른 법원이 사건을 심리해서 재판을 선고할 수 있다면, 당사자들이 전속적 재판관할합의에 의해 특정한 법원을 지정할 실익이 떨어진다. 따라서 제6조는 협약의 실효성을 담보하기 위한 조문으로 볼 수 있다. 이는 국제규칙(international rule)에 의해 부과된 의무이며, 이와

254) 석광현(註 1), 371면 각주1)에 따르면 여기서는 “dismiss”를 각하로 본다. 보통 법률영어 사용시에는 decline은 각하, dismiss는 기각으로 쓰는 경우가 많다.

255) Brand/Herrup(註 2), p. 87.

256) Vrellis(註 50), p. 773.

상반되는 국내법 조항은 효력이 없다고 본다.²⁵⁷⁾ 당해 조문은 국제 무역과 투자 촉진이라는 협약 전문(前文, Preamble)의 목적에 부합하는 조항이기도 하다. 실제로 재판관할합의를 한 법원 외의 법원에서 소송 절차가 병행해서 진행되고 또 판결이 선고될 경우에는 그만큼 소송비용을 포함한 인적, 물적 부담이 늘어나기 때문이다. 이러한 점에서 볼 때, 제6조에서 규정하는 예외사유들은 엄격하게 해석되어야 한다.

다수당사자(multi-party)가 참여하는 소송에서 동 조문이 어떻게 작용하는지에 대해서는 다음과 같은 사례를 통해 알아볼 수 있다.²⁵⁸⁾ 가령 독일에 거주하는 A와 프랑스 파리에 거주하는 B 사이에서, A가 B에게 물건을 매도하는 계약을 체결했다고 가정하자. 계약 체결시 관할법원을 독일 법원으로 합의했다. 물건이 파리로 정상적으로 운송되어 왔으며, B는 파리에 거주하는 C에게 해당 물건을 전매하였다. B와 C사이에서는 계약 체결시에 관할합의를 한 바 없다. C가 해당 상품에 하자(defective)가 있다고 판단하는 경우에는 파리에 거주하는 B를 상대로 소를 제기하는 것이 가능하다. 만약 파리 법원에 불법행위를 원인으로 A를 상대로 소를 제기할 수 있는 관할이 인정된다면, 파리에서 A를 상대로 소를 제기하는 것도 가능하다. A와 C사이에는 아무런 전속적 관할합의가 없기 때문이다. 그러나 만약 C가 B만을 상대로 소를 제기하고, B는 A가 제3자(third party)로서 소송에 참여하기를 원한다고 하더라도(그리고 국내법에 의해 이러한 소송 참가가 허용된다고 하더라도) A가 파리 법원에서 소송을 수행할 수는 없다. 이는 A와 B사이에 체결한 전속적 관할합의계약의 효력 및 협약 제6조에 의한 것이다.²⁵⁹⁾

2. 다섯 가지 예외사유

가. 일반론

257) Brand/Herrup(註 2), p. 87.

258) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 143. Brand/Herrup(註 2), p. 89.에서도 유사한 사례를 다루고 있다.

259) 이하에서 언급하는 사례들은 별도의 언급이 없는 한, 개개의 국가들이 협약의 당사국임을 전제로 서술한다.

제6조 a호, b호는 뉴욕협약 제2조 제3항의 무효(null and void) 사유에 상응하는 것이며 제6조 d호, e호는 뉴욕협약 제2조 제3항의 실효 또는 이행불능(inoperative or incapable of being performed)에 상응하는 것이다.²⁶⁰⁾ 제6조 c호는 당사자가 재판관할합의를 한 법원이 아닌 법원에 소를 제기한 경우, 동 조문이 없다면 협약 하에서는 당해 법원은 자국의 법을 적용해서 합의의 유효성을 판단할 수 있는 가능성이 없다는 점을 감안해서 둔 규정이다.²⁶¹⁾ 제6조 a호와 b호는 일반적인 기준으로 활용될 수 있으나, 제6조 c호와 d호는 가장 예외적인 경우에만 적용되도록 의도된 조문이며, 이렇게 해석하지 않는다면 협약이 추구하는 목적을 형해화시킬 우려²⁶²⁾가 있다고 보고 있다.

나. 합의가 무효인 경우(제6조 a호)

제6조 당사자들이 합의 대상으로 삼지 않은 법원의 의무

합의한 법원의 국가 이외의 계약국의 모든 법원은, 다음의 경우를 제외하고는 전속적 관할합의가 적용되는 소송절차를 중지하거나 각하하여야 한다.

a) 당사자들이 합의한 법원의 국가의 법에 따라 그 합의가 무효인 경우

제6조 a호에서는 예외사유로서 당사자들이 합의한 법원의 국가의 법에 따라 그 합의가 무효인 경우를 들고 있다.²⁶³⁾ 당사자들이 합의한 법원의 국가의 법은 당해 국가의 국제사법 규칙(choice-of-law rules of that state)을 포함한다고 본다.²⁶⁴⁾ 1958년 뉴욕협약은 중재합의의 유효성 판

260) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 147.

261) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 147.

262) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 148.

263) 협약 제5조 제1항, 제6조 a호, 제9조 a호가 유사한 규율형태를 취하고 있다.

264) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 149. 각주 184)

단과 관련해서 어떠한 법을 적용해야 하는지에 대해서 명시하고 있지 않는바, 이 점에서 차이가 있다.

다. 당사자의 무능력(제6조 b호)

b) 소송 계속된 법원의 국가의 법에 따라 당사자가 합의를 체결할 능력이 없는 경우

제6조 b호에서는 소송이 계속된 법원의 국가의 법에 따라 당사자가 합의를 체결할 능력이 없는 경우를 들고 있다. 제6조 a호에서와 동일하게, 국제사법 규칙을 포함한다고 본다.²⁶⁵⁾ 불통일법체계의 경우에는 제25조 제1항 c호에 의해 규율될 것이다.

당사자의 무능력 판단은 본국법에 의할 수도 있겠으나, 당사자가 합의한 법원이 본국법을 조사하는 과정에서 드는 시간 및 비용이 현실적으로 문제될 수 있다. 이와 같은 문제에 대처하기 위해 둔 조항이다.²⁶⁶⁾ 원래는 계약국들 간에 일률적으로 적용될 수 있는 기준(uniform choice-of-law rule)을 설정하고자 했으나, 협상 과정에서 당사국들의 의견의 불일치로 좌절된 바 있다.²⁶⁷⁾

제6조 제b호에서 규정하는 당사자가 합의를 체결할 능력이 없는 경우는 제6조 제a호의 당사자가 합의한 국가의 법에 의해 그 합의가 무효인 경우에도 해당한다. 즉, 당사자의 능력의 판단은 당사자가 합의한 법원과 소가 제기된 법원의 내국법 양자에 의해서 결정된다는 것을 의미한다. 그러나 제6조 제a호는 협약의 무효사유에 대해서 규정하고 있는 일반 조문이고 제6조 제b호는 당사자의 능력에 관해서만 규정하고 있는 특별법적인 조문이라는 점에서 특별법 우선의 원칙에 의해 당사자가 합의를 체

265) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 150.

266) Brand/Herrup(註 2), p. 90. 실제로 본국법에 의하면 무능력자라고 판단된 경우에도 선택된 법원의 국가의 법을 적용하면 능력이 있다고 볼 수 있는 경우가 있다. 그 반대 또한 마찬가지이다.

267) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 150.

결할 능력이 없는 경우에는 제b호만에 의해서 규율될 것이라는 견해도 있다.²⁶⁸⁾ 따라서 이 부분은 제6조 제a호에서 “당사자의 무능력을 포함한 다” 혹은 “제외한다”로 명시적으로 언급하는 것이 바람직할 것이다.

해당 조항이 협약에 들어가야 한다는 점에 대해서는 협약에 참여한 국가들 간에 공감대가 형성되어 있었으나, 당해 조항이 왜 필요한지에 대해서는 협약 체결 과정에서 정치한 논의는 없었다고 한다.²⁶⁹⁾

라. 공서위반(제6조 c호)²⁷⁰⁾

c) 그 합의의 효력을 인정한다면 명백히 부정의에 이르게 되거나 또는 소송이 계속된 법원의 국가의 공서에 명백히 반하는 경우

제6조 c호에서는 그 합의의 효력을 인정한다면 명백히 부정의에 이르게 되거나 또는 소송이 계속된 법원의 국가의 공서에 명백히 반하는 경우를 들고 있다. 동 조문에서 “소송이 계속된 법원”이라고 언급을 하고 있는 것은, 합의의 효력을 인정한다면 명백히 부정의에 이르게 되는 경우 - 이 경우에는 일반적으로 외국법이 적용될 것이다 - 에 대비되는 것이라 본다.²⁷¹⁾ 포괄적인 개념이 사용되고 있으니만큼 해석 및 적용에 주의의무(due care)²⁷²⁾가 필요하다.

해당 예외 조항은 크게 (1) 합의의 효력을 인정(give effect to the agreement)할 것 (2) 명백한 부정의(manifest injustice)에 이르게(would lead to)²⁷³⁾되거나 또는 (3) 소송이 계속된 법원의 국가의 공서에 명백히(manifestly) 반(反)할(contrary)것²⁷⁴⁾이라는 세 가지 주요 범주를 설정하

268) Vrellis(註 50), p. 774.

269) Brand/Herrup(註 2), p. 90.

270) 동 협약은 뉴욕협약과는 달리, 협약 내에서 독자적인 ‘명백한 부정의(manifest injustice)’개념과 ‘공서(public policy)’라는 개념을 사용하고 있다.

271) Vrellis(註 50), p. 774.

272) Brand/Herrup(註 2), p. 90.

273) 이는 소송 절차를 중지하거나 각하하지 않는다면 문제가 될 수 있는 경우를 의미한다.

고 있다.

명백한 부정의 개념과 공서 개념을 협약에서 별도로 병치해서 서술하는 이유는 다음과 같다. 양자는 국제사법에서는 핵심적인 개념임에도 각종 법체계(legal systems)에서 통일적으로 통용되는 개념은 아니다.²⁷⁵⁾ 따라서 협약에서는 두 개념을 다 사용해서 해당 내용을 규율하고자 한 것이다.²⁷⁶⁾ 협약에서 사용하는 ‘명백’이라는 개념은 ‘명백하고(clear)’, ‘중대한(extremely serious)’ 것이어야 한다. 단순한 불편(mere convenience)은 명백한 것이 아니라고 본다.

공서(public policy) 개념만을 독자적으로 놓고 본다고 하더라도 해석에 어려움이 있다.²⁷⁷⁾ 이 또한 국가들 사이에서 통일적으로 사용되는 개념이 아니기 때문이다. 가령 특정 국가의 경우에는 신호등 위반과 같은 사소한 행정법규의 위반을 공서 위반으로 보는 반면, 다른 국가의 경우에는 공서는 보다 근원적인, 도덕적인 개념(fundamental, moral concept)으로 보고 있다.

국제사법에서 공서는 법적인 의미(legal policy)이며 정치적인 의미(political policy)로 사용되는 것은 아니다. 이는 국제공서(international public policy)를 포함하는 개념이다.²⁷⁸⁾ 단지 국내법(domestic law)을 위반하는 것만으로는 공서 위반에 해당한다고 보지는 않는다.²⁷⁹⁾

국제적 관할합의에 의하여 외국법원이 관할법원으로 됨으로써 외국의 국제사법이 적용되는 결과 국내의 강행법규가 회피될 수도 있다. 그러나 강행법규가 회피된다는 결과만으로는 관할합의가 무효라고 볼 수 없다.

274) Brand/Herrup(註 2), p. 91.

275) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 151. 몇몇 국가들에선 공서가 명백한 부정을 포함하는 개념이라고 본다. 그러나 다른 국가들은 그렇지 않은 경우가 있을 수 있다. 가령 부패(corruption) 등의 경우는 명백한 부정의 개념에는 포섭이 가능하지만 공서에는 해당하지 않는다고 보는 국가들이 있다. 우리나라는 종래 민법 제 103조 위반의 법률행위에 대해서 ‘공서양속’위반이라고 보고 있으며, 명백한 부정의라는 개념을 별도로 사용하지는 않는다.

276) 각각 manifest/manifestly와 injustice/contrary to public policy라는 용어를 대응해서 사용하고 있다.

277) 공서 개념은 협약 제9조 e호에서도 언급된다.

278) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 151. 각주 192)

279) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 152.

회피된 법규가 공서에 관한 법일 때에는 공서법의 침해 정도와 당사자가 관할합의에 이른 것이 그 공서법을 회피하기 위한 의도에서였는지 여부 및 사안과 합의된 관할법원과의 관련정도 등을 고려해서 판단할 것이다.²⁸⁰⁾

협약 문언상으로는 공서 위반이 절차(procedural) 위반을 의미하는지 혹은 실체(substantive) 위반을 의미하는지, 아니면 양자를 다 포함하는지에 대해서 별도로 정의하고 있는 것은 아니다. 양자를 별도로 구별하지 않고 공서라는 단어를 사용하고 있다는 점에서 절차 문제 및 실체 문제 모두 공서 위반으로 볼 수 있다고 볼 것이다.

마. 합리적 이행불능(제6조 d호)

d) 예외적인 이유로 인하여 그 합의가 합리적으로 이행될 수 없는 경우 또는

제6조 d호에서는 예외적인 이유로 인하여 그 합의가 합리적으로 이행될 수 없는 경우를 들고 있다. 이는 계약목적달성불능(frustration)의 법리와 유사한 법 원칙을 도입한 것으로 보고 있다.²⁸¹⁾ 이와 같은 내용을 제6조 c호에 포괄해서 규율할 수 있다고 주장하는 법체계 국가들도 있었으나, c호의 개념만으로는 포섭이 어려운 상황을 상정할 수 있다는 점에서 동 조항을 도입하기로 결정하였다.²⁸²⁾

동 조문은 법적인 불가능성(legal impossibility, 관할 합의를 한 법원이 없어져 버린 경우 등), 사실상의 불가능성(functional impossibility, 관할 합의를 한 법원이 존재하지만, 천재지변 기타 사유로 재판이 불가능한 경우 등), 근본적인 사정 변경(fundamental transformation, 법원이 존재

280) 이인재(註 62) p. 646.

281) Brand/Herrup(註 2), p. 94, Hartley/Dogauchi(註 17), para. 154. 대표적으로는 당해 국가 내에서 전쟁이 난 경우를 들 수 있을 것이다.

282) Brand/Herrup(註 2), p. 94. 동 주석서에서는 당해 예외사유를 포함하는 국제사법규칙은 존재하지 않는다고 서술하고 있다.

하고 해당 법원에서 정상적인 업무 수행은 가능하지만, 당사자가 관할합의시에 상정(contemplated)했던 것과는 전혀 별개의 형태로 업무가 수행되는 경우 등²⁸³⁾을 모두 포함해서 규율한다.²⁸⁴⁾

바. 법원이 사건을 심리하지 않기로 결정한 경우(제6조 e호)

e) 당사자들이 합의한 법원이 그 사건을 심리하지 않기로 결정한 경우

제6조 e호는 당사자들이 합의한 법원이 그 사건을 심리하지 않기로 결정한 경우에 적용되는 예외사유이다. 언제라도, 어떠한 연유에서라도, 당사자들이 합의한 법원이 사건에 대해서 심리하지 않기로 한 경우라면 적용되는 조문이다.²⁸⁵⁾ 따라서 법조문에 의해 자동적으로 사건이 다른 법원으로 이송되거나 다른 법정지로 변경 되는 경우(transfer or change of venue is automatic)에는 동 조항이 적용되지 않는다.²⁸⁶⁾ 주 법원(state court)에서 연방 법원(federal court)으로의 이송의 경우에도 적용되지 않는다고 본다. 동 조문을 둔 목적은 재판의 거부(denial of justice) 사태를 피하기 위한 것이라는 점에 있다.²⁸⁷⁾ 즉, 이 경우 소가 제기된 계약국 법원으로 하여금 소송 절차를 진행하도록 하는 것이다.

283) Brand/Herrup(註 2), p. 94. 각주 21) 참조. 앙골라에 있는 포르투갈 상인(businessman)이 영국 회사와 상사 계약을 체결하면서 앙골라의 르완다 법원을 관할 법원으로 하기 합의했다. 10년 후 분쟁발생시 그는 영국 회사의 주소지(domiciled)인 영국 법원에 소를 제기했다. 영국회사는 이전 재판관할합의를 들어서 영국 법원이 관할권이 없다고 항변했으나, 법원은(Court of Appeal in England)은 재판관할 합의시와 소 제기시 사이 포르투갈 식민지령이었던 앙골라가 혁명 정부에 의해 전복되었으며, 각종 정부 기관들(institution)이 교체된 중대한 사정 변경이 있기 때문에 영국 법원에 제기된 소에 대해서 관할을 인정하였다. Carvalho v. Hull Blyth 사건.

284) Brand/Herrup(註 2), p. 94.

285) Brand/Herrup(註 2), p. 95.

286) Brand/Herrup(註 2), p. 95.

287) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 155.

III. 임시적 보호조치에의 적용 제외(제7조)

제7조 임시적 보호조치

임시적 보호조치는 이 협약에 의하여 규율되지 않는다. 이 협약은 계약국의 법원에 의한 임시적 보호조치의 부여, 거부, 또는 취소를 요구하지도 않고 배제하지도 않으며, 당사자가 그러한 조치를 청구할 수 있는지 또는 법원이 그러한 조치를 부여, 거부 또는 취소해야 하는지에 영향을 미치지 않는다.

임시적 보호조치는 제4조 제1항에서의 ‘재판’에 해당하지 않으므로 협약의 적용 범위에서 제외된다고 볼 수도 있지만, 해당 내용을 별도로 명시적으로 언급한 조문이다. 임시적 보호조치는 전적으로 국내법(national law)에 따를 문제이다.

임시적 보호조치가 무엇인가에 대한 개념 정의는 협약상 존재하지 않는다.²⁸⁸⁾ 이는 각 국가의 국내법의 영역에 맡겨질 문제이다. 협약 제4조 제1항과 제7항의 목적은 바로 이 점에 있다고 설명한다.²⁸⁹⁾²⁹⁰⁾ 만약 선택된 법원이 임시적 보호조치를 최종 조치(final order)로 전환하거나, 혹은 제4조 제1항의 ‘재판’의 범주에 포함되는 조치로 전환한다면, 재판의 승인 또는 집행과 관련해서는 협약의 적용 대상이 된다고 보아야 할 것이다.

임시적 보호조치에 대한 법적 규율은 어디까지나 국내법에 맡겨질 문제라고 보지만, 그렇다고 하더라도 임시적 보호조치에 실제로 아무런 법적 제한이 가해지지 않는 것은 아니다. 국가들 사이에서 체결된 일반 조약법(general treaty law)들을 고려할 때, 임시적 보호조치를 규율하는

288) 임시적 보호조치의 내용으로는 가압류, 가처분, 자산동결조치(asset-freezing measures) 등을 들 수 있을 것이다. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 163.

289) Brand/Herrup(註 2), p. 96.

290) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 162. 임시적 보호조치가 영구적(permanent)인 것으로 볼 수 있다면, 당해 협약의 ‘재판(judgment)’ 개념에 포섭된다고 보아 협약의 내용대로 집행 가능할 것이라고 본다. 반면에 실제로 임시적(temporary)인 조치에 불과하다면 협약에 의거해서 집행을 할 수 없을 것이다.

국내법(national law)에 어느 정도 제한이 있을 수 있다.

당사자들이 합의 대상으로 삼지 않은 법원이 당사자들이 합의한 법원을 상대로 訴訟留止命令(anti-suit injunction)²⁹¹⁾을 발할 수 있는지가 문제되는데, 유력설(strong argument)은 허용되지 않는다고 본다는 견해가 있다.²⁹²⁾ 반면에 당사자들이 국제재판관할합의를 한 취지를 고려했을 때는 소송유지명령을 허용하는 것이 국제재판관할합의를 한 당사자 입장에서 그 목적을 달성하는 데 더 효과적이라는 견해도 있다.²⁹³⁾ 협약의 성안 과정에서 계약국들이 재판의 집행을 함에 있어서의 실효성 보장을 위해서 협약상 소송유지명령을 허용하는 것이 바람직하다는 언급이 있었다는²⁹⁴⁾ 점을 고려해보면, 협약 하에서 소송유지명령이 허용된다고 보는 것이 바람직하다고 본다.

임시적 보호조치와 관련해서 다음과 같은 문제가 제기될 수 있다.²⁹⁵⁾ X국과 Y국이 모두 협약 계약국이다. 당사자 A는 X국, B는 Y국에 거주하고 있다. 당사자가 계약을 체결하면서 재판관할합의 법원으로 X국 법원을 지정했다. 그러던 중 B는 A의 영업 명성에 금이 갈 정도의 행위를 했고, 당사자 간의 신뢰관계가 깨어졌다. 이 경우 협약에 따르면 제5조에 의해서 X국 법원에 소를 제기하고 재판을 해야 한다(심지어 당사자가 Y

291) 일방당사자가 전속적 국제재판관할합의나 중재합의를 위반하여 외국에 제소할 가능성이 있거나 실제로 제소한 경우 법원이 상대방의 신청에 따라 발하는 합의에 반하는 소의 제기 및 수행을 금지하는 명령을 의미한다. 석광현, “국제상사중재에서의 중재합의와 소송유지명령”, 국제사법과 국제소송 제5권(2012), 649-650면
292) Brand/Herrup(註 2), p. 96. 이는 협약의 목적 달성에 방해가 될 수 있다는 취지에서이다.

293) Trevor Hartley(註 67), p. 216. 유럽사법재판소는 브뤼셀 I 규정 하에서 소송유지명령이 금지된다고 판시한 바 있으나, 이는 협약의 정신에 반하는 것이라고 한다. 협약의 제정 과정에서 소송유지명령을 금지하기로 하는 합의가 도출된 바도 없으며, 협약은 이와 같은 법적인 절차를 금지하는 것도 아니라고 한다. 임시적 보호조치는 애초 협약의 적용 대상에서 제외되는 것이라는 근거에서이다. Jeffrey(註 13), p. 29. 여기서도 소송이 허용되지 않는 법원에서 소를 제기하는 것을 금지하는 소송유지명령을 협약에서 배제하고 있는 것은 아니라 본다.

294) Minutes No 9 of the Second Commission Meeting of Monday 20 June 2005 (morning) in *Proceedings of the Twentieth Session of the Hague Conference on Private International Law* (Permanent Bureau of the Conference, Intersentia 2010) 622, 623-624

295) 사례는 Brand/Herrup(註 2), pp. 96-97.에서 인용.

국 법원에서 소를 제기하는 것을 원한다고 하더라도, Y법원에 관할권을 별도로 인정할 근거는 없다). 그러나 임시적 보호조치에 관한 제7조를 이용해서 A는 Y국 법원에서 절차를 진행할 수 있다. 이미 신뢰관계가 깨어진 상태에서도 원래의 재판관할합의에 구속되어 재판을 하는 것이 타당한지, 아니면 임시적 보호조치를 이용해서 Y국 법원에서 절차를 진행하는 것이 타당한지는 논의의 여지가 있다.

제4장 재판의 승인 또는 집행에 관한 논의

I. 재판의 승인 또는 집행 보장(제8조) - 협약의 세 번째 주요 원칙

협약의 핵심은 일정한 예외적인 사유가 없는 한 관할합의에 기초하여 어느 계약국에서 선고된 재판을 다른 계약국들에서 승인 또는 집행할 수 있도록 보장하는 것이다. 제8조에서는 원칙적인 승인 또는 집행의무를, 제9조는 승인 또는 집행의 거부사유를 각각 규정하는바, 예외적인 거부사유를 규정하는 것은 뉴욕협약(제V조)과 유사한 소극적인 규정방식이다.²⁹⁶⁾

1. 외국재판의 승인 또는 집행의무²⁹⁷⁾

제8조 승인 또는 집행

1. 전속적 관할합의에서 지정된 계약국의 법원이 선고한 재판은 이 장에 따라 다른 계약국에서 승인되고 집행된다. 승인 또는 집행은 이 협약에 명시된 근거에 기하여만 거부될 수 있다.

296) 석광현(註 1), 208면

297) 협약은 'shall'이라는 용어를 사용함으로써 외국 재판의 승인 또는 집행이 재량(discretionary)이 아니라 의무적(mandatory)임을 나타내고 있다.

가. 승인 또는 집행의 개념

협약에는 ‘승인’ 및 ‘집행’을 정의하고 있는 규정이 없다. 따라서 1. 재판관할합의를 한 법원의 법 2. 재판의 승인 또는 집행국 법원의 법 3. 전통적인 국제사법 원칙 4. 협약의 적용 과정에서 확립될 수 있는 실무(practice)를 반영한 독자적 협약상의 개념 중 무엇을 기초로 판단할 것인지에 대한 논의가 있다.²⁹⁸⁾ 그 중 전통적인 국제사법 원칙은 다음과 같이 설명한다.²⁹⁹⁾

(1) 승인은 재판국 법원(court of origin)이 당사자의 권리와 의무의 일부 또는 전부를 확정지은 재판을 승인 또는 집행국 법원(court addressed)이 수용(acceptance)하는 것을 의미한다. 법체계에 따라서 승인 과정이 의무(non-discretionary)인 경우, 재량(discretionary)인 경우가 있다.

(2) 집행은 집행국 법원이 국가의 강제력(coercive power)에 의해서 권리와 의무에 관해서 선고한 재판국 법원의 판결을 강제하는 것(대부분의 경우는 집행국 법원에 의해 승인된 판결일 것이다)을 의미한다.

(3) 집행을 제외하고 승인만 하는 것도 가능하다. 예를 들어 재판국 법원의 재판의 내용이 피고가 원고에게 어떠한 의무도 부담하지 않는다고 판결을 내린 경우, 이와 같은 재판을 집행할 이유는 없다. 반면에, 판결의 승인 없이 집행만을 하는 경우는 상정하기 어렵다.

나. 재판의 승인 또는 집행을 위해 구비해야 할 요건³⁰⁰⁾

(1) 재판이 있을 것

재판의 개념에 대해서는 협약 제4조 제1항³⁰¹⁾에서 규정하고 있다.

298) Brand/Herrup(註 2), p. 98.

299) Brand/Herrup(註 2), p. 99.

300) Brand/Herrup(註 2), p. 99-100.

301) 명칭을 불문하고 본안에 관한 법원의 모든 재판을 의미하고, 결정 또는 명령과 법원(법원공무원을 포함한다)에 의한 비용 또는 경비의 결정을 포함한다. 다만,

(2) 재판은 법원에 의해 선고된 것일 것

법원의 개념에 대해서는 협약에 규정된 바는 없지만, 제4조와 관련된 논의에서 다룬 바 있다. 법원은 비체약국이 선고한 재판을 승인 또는 집행할 의무는 없다.³⁰²⁾

(3) 재판은 전속적 관할 합의에 의해서 지정된 법원에서 선고된 것일 것

즉, 지정된 법원 외의 법원에서 선고된 재판은 제8조의 적용 대상이 아니다.

다. 승인 또는 집행국 법원이 판단해야 할 사항³⁰³⁾

판결의 승인 또는 집행을 선언하는 법원은 (1) 협약상의 개념에 부합하는 ‘재판(judgment)’이 있는지 (2) 재판이 ‘법원(court)’에 의해 선고되었는지 (3) 판결을 선고한 법원이 다른 체약국의 법원인지 (4) 판결을 선고한 법원이 당사자들이 재판관할합의시 지정한 법원인지 (5) 해당 재판관할합의가 협약의 의미상 ‘전속적’인지를 판단해야 한다.³⁰⁴⁾³⁰⁵⁾

라. 승인 또는 집행을 거부하기 위한 근거

협약 제8조 제1항 제2문에서 승인 또는 집행은 이 협약에 ‘명시된 근

그 결정은 이 협약상 승인 또는 집행될 수 있는 본안에 관한 재판과 관련된 것이어야 한다.

302) Brand/Herrup(註 2), p. 100.

303) Brand/Herrup(註 2), p. 100.

304) Brand/Herrup(註 2), p. 101.

305) 반면 재판의 승인 또는 집행 적격은 재판국 법원(court of origin)이 판단할 사항이다.

거에 기하여만' 거부될 수 있다고 실시하고 있다. 이는 협약에서 규정하고 있는 거부사유들이 예시적인 것이 아니라 열거적이라는 것을 의미한다.

마. 기타 재판의 승인 또는 집행시 염두에 두어야 할 사안들

승인 또는 집행 과정에서 문제될 수 있는 시효(prescription period)나, 기타 기한(time limitation) 등의 문제는 절차와 관련된 사항으로 분류가 가능하며, 따라서 협약이 달리 규율하지 않는 한 재판의 승인 또는 집행국의 법에 의해 해결해야 할 것이다(제14조).

재판은 그 성격상 금전(monetary)적인 구제수단에 관한 것과 비금전적인(non-monetary) 구제수단에 관한 것으로 나눌 수 있는데, 국내법에서 허용하지 않는 한 비금전적인(non-monetary) 구제수단을 강제하는 것은 협약의 적용 범위에서 배제된다고 본다. 이에 관해서는 국가들 간의 통일적인 규율이 불가능하기 때문이다.³⁰⁶⁾

우리 민사소송법상 외국재판의 승인에 대해서는 민사소송법 제217조³⁰⁷⁾ 및 제217조의2³⁰⁸⁾에서 규율하고 있다. 2014년 민사소송법이 개정

306) Brand/Herrup(註 2), p. 102.

307) 제217조(외국재판의 승인) ①외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 "확정재판 등"이라 한다)은 다음 각 호의 요건을 모두 갖추어야 승인된다.

1. 대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정될 것
2. 패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것
3. 그 확정재판 등의 내용 및 소송절차에 비추어 그 확정재판 등의 승인이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것
4. 상호보증에 있거나 대한민국과 그 외국법원이 속하는 국가에 있어 확정재판 등의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것

② 법원은 제1항의 요건이 충족되었는지에 관하여 직권으로 조사하여야 한다.

308) 제217조의2(손해배상에 관한 확정재판 등의 승인) ① 법원은 손해배상에 관한 확정재판 등이 대한민국의 법률 또는 대한민국이 체결한 국제조약의 기본질서에 현저히 반하는 결과를 초래할 경우에는 해당 확정재판 등의 전부 또는 일부를 승

되면서 조문에 수정이 가해졌는바, 개정 이유로는 외국법원의 판결을 국내에서 승인하거나 집행할 경우에 외국법원의 판결이 대한민국의 법질서나 선량한 풍속에 위배되는 것인지의 여부 등을 국내법원이 직권으로 조사하게 함으로써 외국법원의 부당한 재판이나 판결로부터 국내기업을 보호하는 한편, 그 밖의 현행 제도 운영상의 일부 미비점을 개선·보완하려는 것이라 설명하고 있다.³⁰⁹⁾

2. 재판국 법원이 선고한 재판에 대한 실질 재심사(review of the merits, *révision au fond*) 금지(제8조 제2항)

2. 재판국 법원이 선고한 재판의 실질에 대해서는 어떠한 심사도 할 수 없다. 다만, 이 장의 조항을 적용하기 위한 목적상 필요한 심사에는 영향을 미치지 아니한다. 결석재판이 아닌 한, 승인 또는 집행국 법원은 재판국 법원이 관할의 근거로 삼은 사실 인정에 구속된다.

가. 실질 재심사의 금지(동항 제1문)

제8조 제2항은 제3장의 승인 또는 집행의 효과적인 보장을 위해 실질 재심사를 금지하고 있다.³¹⁰⁾³¹¹⁾ 원래 예정했던 소송 외에 추가적인 소송(redundant litigation)을 허용한다면, 소송 진행 과정의 확실성 및 예측

인할 수 없다.

② 법원은 제1항의 요건을 심리할 때에는 외국법원이 인정한 손해배상의 범위에 변호사보수를 비롯한 소송과 관련된 비용과 경비가 포함되는지와 그 범위를 고려하여야 한다.

309) 법제처 홈페이지 민사소송법 일부개정 이유 참조

(<http://law.go.kr/lisInfoP.do?lsiSeq=153966&ancYd=20140520&ancNo=12587&efYd=20140520&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202#0000>)

310) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 165. 동 협약과 같은 취지의 협약에서는 이와 같은 내용을 기본적으로 포함하고 있다고 한다.

311) 이는 우리 민사집행법 제27조 제1항에 상응하는 조문이다. 민사집행법 제27조(집행판결) ① 집행판결은 재판의 옳고 그름을 조사하지 아니하고 하여야 한다.

가능성을 담보할 것을 의도하고 또한 거래 비용 절감을 목적으로 하는 협약의 목적이 반감될 수 있기 때문이다. 이 점에서 본다면, ‘실질’이라는 개념을 사용한 것은 동 조문의 적용 범위를 넓히려는 시도의 일환으로 볼 수 있다.³¹²⁾³¹³⁾ 동 항은 ‘당사자들이 합의한 법원’이 아니라 ‘재판국 법원(court of origin)’이라는 용어를 사용하고 있다. 이는 재판국 내에서의 사무분담 기준에 의해 당사자들이 재판관할합의에 의해 지정한 법원과 다른 법원으로 사건이 이송될 수 있는 가능성이 있기 때문이다(협약 제5조 제3항). 동조 제5항 또한 이 점을 염두에 두고 있는 조문이다.

나. 협약 제3장을 적용하기 위한 목적상 필요한 범위 내 실질 심사 사 허용(동항 제2문)

다만, 동조 제2문에서는 이 장의 조항을 적용하기 위한 목적상 필요한 심사에는 영향을 미치지 아니한다고 규정하고 있다. 실제로, 재판관할합의가 당사자들이 합의한 법원의 국가의 법에 의해 무효인 경우를 규율하는 제9조 a호, 손해배상을 명한 판결의 승인 또는 집행시 재판국 법원이 인용한 손해배상의 범위를 판단하는 제11조의 경우는 제한된 범위 내에서 실질 문제를 심사해야만 하는 경우에 해당한다.

다. 구속되는 사실 인정의 범위(동항 제3문)

재판국 법원이 사건이 국제적인지, 관할과 관련이 있는지, 민사 혹은 상사 문제와 관련이 있는지에 대해 판단한 것과 관련해서 승인 또는 집행국 법원(court addressed)이 구속된다.³¹⁴⁾ 사실(fact) 문제이건 법률(law) 문제이건 재판의 실질(merits)에 관한 심사는 금지된다. 결석재판이 아닌 한 재판국 법원의 기초가 된 관할에 대한 실질 심사는 금지된

312) Brand/Herrup(註 2), p. 102.

313) 범조문에 without prejudice라는 문구를 삽입한 것은, 특정 법체계의 경우에는 당해 범조문이 제한된 범위 내에서 실질문제의 심사를 포함하는 것으로 보일 수 있다는 우려 때문이라고 한다. Brand/Herrup(註 2), p. 103.

314) Brand/Herrup(註 2), p. 104.

다.³¹⁵⁾

다만 승인 또는 집행에 관한 거부 사유로 기능하고 있는, 제9조와 관련하여 내린 판단에는 구속되지 않는다고 볼 것이다.³¹⁶⁾ 실제로 재판 집행을 거부 사유로 제시하고 있는 제9조 b호부터 g호까지의 사유들은 재판국 법원의 관할과는 관계가 없는 사유들이다. 이는 승인 또는 집행국의 기본적인 규범(norm)과 공서에 의한 거부 사유이기 때문이다.³¹⁷⁾

동항에서 사용하고 있는 관할이라는 용어는 이 협약의 적용 대상인 관할 개념을 의미한다.³¹⁸⁾ 이 협약 외의 다른 근거에 의해 인정되는 관할에 관한 판단에 법원이 구속되는 것은 아니다. 또한, 어떠한 사실에 대한 법적인 평가(legal evaluation)에도 구속되는 것은 아니라고 본다. 예를 들면, 전속적 관할합의가 제3조 c호 ii)의 방식을 충족했다고 보는 경우, 당사자가 그와 같은 통신 수단을 사용했다는 사실에 대해서 법원이 다른 판단을 할 수 없다는 것을 의미할 뿐 당해 통신수단을 이용했다면 정보에의 접근가능성이 충분히 보장되지 못했을 것이므로 제3조 c호 ii)요건을 구비하지 못했다는 평가를 할 수는 있다는 의미이다.³¹⁹⁾

라. 결석 재판에의 적용 배제(동항 제3문)

결석재판의 경우를 협약에서 언급해야 한다는 점에 대해서는 대부분의 국가들이 동의를 하고 있었던바, 제8조 제2항은 그 합의된 결과물이다. 결석재판(default judgment)과 관련하여, 법체계들 간의 통일적인 개념은 존재하지 않는다.³²⁰⁾ 협약에서도 결석 재판에 대한 개념 정의는 없다. 당해 개념은 결국 승인 또는 집행국 법원이 재판국 법원의 법, 혹은 승인 또는 집행국 법원의 법, 혹은 협약의 독자적인 개념을 해석해서 결정할

315) Brand/Herrup(註 2), p. 104.

316) Brand/Herrup(註 2), p. 104.

317) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 167.에서도 이 점을 언급한다.

318) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 166.

319) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 166.에 따르면 능력(capacity)과 관련된 제9조 b호에서도 동일한 논의가 가능하다고 한다.

320) Brand/Herrup(註 2), p. 105.

필요가 있다.³²¹⁾

결석 재판의 경우에는 협약 문언에 따라 요청받은 법원은 재판국 법원이 관할의 근거로 삼은 사실 인정에 구속되지 않는다고 본다. 재판국 법원이 당사자들에 대한 심리를 개시해서 사실 판단을 할 기회 자체가 배제되었기 때문이다. 한편, 동 조문은 제8조 제2항 제1문의 실질 재심사를 배제하는 것이 아니다.³²²⁾ 즉, 필요한 범위 내에서 실질 심사가 허용되는 것이다.

마. 승인 또는 집행국 법원의 재판국 법원에 대한 재판심사에 관한 전통적인 국제사법의 견해와 협약과의 관계

전통적인 국제사법 원리 하에서는, 승인 또는 집행국 법원은 재판국 법원이 관할의 기초로 삼은 사항을 심사할 권한(power) 및 의무(obligation)가 있었다.³²³⁾ 승인 또는 집행국 법원은 자신의 국내법에 의거해서, 당해 재판이 국내법 개념상 받아들이기 힘든 관할에 근거한 경우라면 재판을 승인 또는 집행해야 할 의무가 없었다.

미국 법원은 *Rose v. Himely* 판결에서 “외국 법원의 재판은 그 국가의 법에 의해 선고된 것인 경우에는 존중되어야 한다. 그러나 해당 국가의 주권(sov​er​eign)이 허락하는 범위를 넘어서 관할(jurisdiction)을 행사한 재판은 타국 법원은 이를 고려할 필요가 없다”고 판시한 바 있다.³²⁴⁾ 승인 또는 집행국의 입장에서 볼 때 외국에서 선고된 재판이 부적절하다고 판단함에도 불구하고 이를 승인하는 경우는, ‘과잉’관할(exorbitant jurisdiction)이라 본 것이다. 반면에 협약은 이러한 전통적인 국제사법의 견해와는 배치되는 태도를 취하고 있다. 협약은 다른 체약국에서 선고한 재판의 승인 또는 집행을 용이하게 하려는 목적에서 제정된 것이기 때문

321) Brand/Herrup(註 2), p. 105.

322) Brand/Herrup(註 2), p. 105.

323) Brand/Herrup(註 2), p. 105.

324) Brand/Herrup(註 2), p. 106 각주) 4 *Rose v. Himely*, 8. U.S. 241, 277(1808)판결. *Bischoff v. Wetherd*, 76 U.S. 812, 814 (1869) 판결도 유사한 취지로 실시한 바 있다.

이다.

3. 재판국에서 효력을 가지는 경우의 승인 또는 집행(제8조 제3항)

3. 재판은 재판국에서 효력을 가지는 경우에만 승인될 수 있고, 재판국에서 집행할 수 있는 경우에만 집행될 수 있다.

이는 예비초안 제25조에 상응하는 조문이다.³²⁵⁾ 재판이 재판국에서 효력을 가지지 못한다면, 실질적으로 당사자의 권리와 의무에 어떠한 영향도 주지 못한다. 따라서, 이와 같은 재판을 승인 또는 집행국에서 집행한다고 하더라도 아무런 의미가 없다.³²⁶⁾ 같은 의미에서, 재판국 법원에서 재판이 집행될 수 없는 경우에는, 협약 하에서 다른 체약국 법원에서 집행을 하는 것은 무의미할 것이다. 재판이 언제 그 효력을 가지게 되거나, 재판에 근거한 집행(enforceable)이 가능하게 되는지에 대해서는 법체계마다 그 기준 시점이 다를 수 있다.³²⁷⁾ 동 조문은 재판국 법원의 법과 승인 또는 집행국 법원의 법 사이에서 발생할 수 있는 기준 시점의 불일치를 해결하기 위한 것이다.

가령 몇몇 법체계에서는 상소 가능성 혹은 통상의 상소가능성이 모두 소진된 경우가 아니라면 재판이 효력을 발생하지 않는 경우가 있다.³²⁸⁾ 또한 몇몇 법체계에서는 전체 사건이 해결(resolved)되기 전까지는 특정인 혹은 특정 청구(claim)에 관해서는 재판이 효력을 가지지 않는 경우가 있다.³²⁹⁾ 이 경우 승인 또는 집행국 법원은 만약 재판 절차가 진행

325) 제25조 제2항 제1항에 언급된 재판이 승인되기 위해서는 재판국에서 기판력을 가져야 한다.

제25조 제3항 제1항에 언급된 재판이 집행될 수 있기 위해서는 재판국에서 집행 가능한 것이어야 한다.

326) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 171.

327) 기속력은 판결의 선고와 동시에, 기판력, 집행력, 형성력 기타 효력은 판결 확정시에 생긴다고 서술한다. 이시윤(註 36), 601면. 특히 집행력은 확정된 이행판결에 인정되는 것이 원칙이나 가집행선고에 의해서 판결확정 전에도 부여된다고 본다. 648면.

328) Brand/Herrup(註 2), p. 107.

중이라면 재판국 법원의 법에 의한 효력 발생 전까지 재판 절차를 중단 시켜야(cease) 할 것이다.³³⁰⁾ 집행과 관련해서는 - 예를 들어 법원이 가처분(injunction)을 발했는데, 해당 가처분이 특정 기간(specified period of time) 경과 후에는 이에 근거한 집행이 불가능한 경우가 있을 수 있다. 이 경우라면 승인 또는 집행국 법원은 당해 재판을 집행할 수 없다.³³¹⁾

4. 승인 또는 집행의 연기 또는 거부 가능성(제8조 제4항)

4. 만일 재판이 재판국에서 상소의 대상인 경우 또는 만일 통상의 상소³³²⁾를 구할 수 있는 기간이 만료되지 않은 경우 승인 또는 집행은 연기 또는 거부될 수 있다. 거부는 그 재판의 승인 또는 집행을 위하여 추후에 신청하는 것을 금지하지는 아니한다.

동 조항은 제3항의 연장선상에서 이해할 수 있는 조항이다. 재판국 법원에서의 판결 확정 여부가 상소가 제기되는 등으로 연기되는 사정이 있다면, 집행가능성에 대한 판단 또한 그만큼 연기되는 것으로 볼 수 있다는 의미이다.³³³⁾ 동 조문에 의거한 재판의 승인 또는 집행의 연기 또는 거부, 제3항과 대비해 본다면 재량사항이다.

승인 또는 집행국 법원은 재판국 법원에서 최종적인(finality) 결정을 할 때까지 승인 또는 집행을 연기 혹은 거부할 수 있다. 실제로 승인 또는 집행국 법원이 집행 명령을 내린 후에 재판국 법원의 재판의 내용이 수정되거나(modified), 무효화되거나(vacated), 혹은 결론이 반대로 나는

329) 우리는 민사소송법 제200조 제1항에서 일부판결의 가능성을 인정한다. 제200조 (일부판결) ①법원은 소송의 일부에 대한 심리를 마친 경우 그 일부에 대한 중국 판결을 할 수 있다.

330) Brand/Herrup(註 2), p. 107.

331) Brand/Herrup(註 2), p. 107.

332) 통상의 상소(ordinary review)는 보통법체계하에서는 익숙하지 않은 개념이라고 한다. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 173. 각주 209)

333) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 171.

경우(reversed)를 상정해 볼 수 있는바,³³⁴⁾ 승인 또는 집행국 법원은 이러한 상황을 고려해야 하기 때문이다. 한편, 재판국 법원의 심사기간 혹은 심사가 가능한 기간 동안 특정한 조치를 취해야 할 필요가 있을 수 있다. 협약은 승인 또는 집행국 법원으로 하여금 이 경우 임시적 보호조치(interim measures)를 취하는 것을 금지하고 있지 않기 때문에, 급박한 사정이 있다고 판단된다면 동 조치를 활용하면 될 것이다.

재판의 승인 또는 집행을 거부 후에도 재판의 승인 또는 집행을 위하여 추후에 신청하는 것은 가능하다.³³⁵⁾ 이 경우 거부 사실이 추후의 재판의 승인 또는 집행을 구함에 있어서 영향이 없어야 한다. 당사자 입장에서 재판국 법원의 결정이 언제 날지가 불확실하기 때문에 추후에 재판의 승인 또는 집행을 신청하는 것이 더 유리할 수도 있다.

5. 국제 이송에 있어서의 승인 또는 집행의 경우(제8조 제5항)

5. 이 조는 그 계약국의 당사자들이 합의한 법원으로부터 제5조 제3항이 허용하는 바에 따라 이송한 사건에 대하여 계약국의 법원이 선고한 재판에도 적용된다. 그러나, 그 당사자들이 합의한 법원이 이송을 할 것인지에 관하여 재량을 가지는 경우에는 재판국에서 이송에 대하여 적시에 이의를 제기한 당사자에 대하여는 재판의 승인 또는 집행이 거부될 수 있다.

제1문은 제5조 제3항에 의해 사건을 이송 받은 법원은 처음부터 당사자들이 합의한 법원(original court chosen)이었던 것처럼 재판을 하게 된다는 것을 규정한다.³³⁶⁾

334) Brand/Herrup(註 2), p. 108.

335) 몇몇 대륙법계 국가의 경우에는 당해 국내법에 재신청이 금지가 되는 경우가 있기에 이 조문을 둔 것이라 한다. Brand/Herrup(註 2), p. 109.

336) 우리 민사소송법에서도 이와 같은 규율을 두고 있다. 민사소송법 제40조(이송의 효과) ① 이송결정이 확정된 때에는 소송은 처음부터 이송 받은 법원에 계속(係屬)된 것으로 본다

제2문은 전속적 재판관할합의에서 지정한 법원이 아닌 경우에 적용된다고 본다.³³⁷⁾ 만약 이송 여부에 대해 재량을 가지는 법원이 다른 법원으로 이송을 하였는데, 이송 받은 법원이 관할 합의상 지정된 법원이라면 제8조 제1항의 적용 대상이라고 할 것이다. 또한 동 조문은 당사자들이 합의한 법원이 이송을 할 수 있는 재량이 있는 경우에만 적용된다. 몇몇 국가들에서는 특정 상황 하에서만 이송이 허용되며, 이 경우 법원이 이송과 관련해서 재량을 가지지 않는 경우에는 조문은 적용되지 않는다고 본다.³³⁸⁾ 또한, 동 조문은 재판이 지정된 법원(designated court)이 아닌 곳에서 선고된 경우만을 한정해서 적용 대상으로 삼고 있다. 지정된 법원들 ‘간’의 재판 이송의 경우는 적용 대상이 아니라고 본다.³³⁹⁾

재판국 법원에서 적시에(timely manner) 이의를 제기한 당사자에 한해서만 승인 또는 집행이 거부될 수 있다. 일반적으로 이의를 제기하는 당사자는 피고일 것이다.³⁴⁰⁾

동 조문의 해석과 관련해서 Hartley/Dogauchi 보고서는 다음의 사례들을 제시한다.³⁴¹⁾ 우선, 원고가 당사자들이 합의한 법원에 소를 제기했고 피고는 당사자들이 합의하지 않은 법원으로의 이송을 요청했다. 원고는 이의 신청을 했으나(object) 이송 조치가 취해졌다. 이송 받은 법원은 원고가 피고에게 배상을 할 것을 결정했다. 그러한 결정은 협약 하에서는 승인 또는 집행되지 않는다. 반면 당사자들이 합의한 법원은 원고가 손해배상을 청구할 수 있는 권리가 있다고 결정을 내렸다면, 그러한 결정은 협약 하에서의 승인 또는 집행을 대상이라고 본다. 한편 원고가 당사자들이 합의한 법원에 소를 제기했고 법원이 자체적으로 선택되지 않은 법원으로의 이송을 명하는 결정을 하는 경우가 있을 수 있다. 피고는 해당 결정에 이의 신청을 했으나, 이송 받은 법원은 손해배상을 명하는 원고 승소 판결을 선고했다. 당해 재판은 협약 하에서의 승인 또는 집행을 대상이 아니라 본다.

337) Brand/Herrup(註 2), p. 109.

338) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 177.

339) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 181.

340) Brand/Herrup(註 2), p. 110.

341) Hartley/Dogauchi(註 17), paras. 178-180.

II. 승인 또는 집행의 거부 사유들(제9조)

1. 일반론

협약 제8조 제1항 제2문에서는 승인 또는 집행을 이 협약에 ‘명시된 근거에 기하여만’ 거부될 수 있다고 규정하고 있다. 제9조는 그 근거사유가 된다. 제9조는 재판의 승인 또는 집행을 의무적으로 배제하는 사유가 아니다. 단지 제9조의 사유가 존재한다면 재판의 승인 또는 집행이 의무적인 것이 아니라는 의미를 가질 뿐이다.³⁴²⁾ 실제로 9조의 사유는 소송 과정에서 항변으로 주장되는 경우가 많을 것이다.

2. 합의가 당사자들이 합의한 국가의 법에 의해 무효인 경우(제9조 a호)

제9조 승인 또는 집행의 거부

다음의 경우 승인 또는 집행은 거부될 수 있다.

- a) 당사자들이 합의한 법원이 그 합의가 유효하다고 결정한 경우가 아닌 한, 그 합의가 당사자들이 합의한 법원의 국가의 법에 따라 무효인 경우

당사자들이 합의한 법원이 명시적으로 당해 관할 합의가 그 국가의 법에 의해서 유효한지에 대해서 판단하지 않는 경우가 있다. 제9조 a호는 이러한 상황에서의 배제 법칙(rule of preclusion)에 관한 것이다. 따라서 법원이 재판관할합의가 유효하다고 명백히 결정한 경우라면 동 조문은 적용되지 않는다. 또한, 당사자들이 합의한 법원의 국가의 법에 의해 무효인 경우라 하더라도 합의한 법원에서 그 합의가 유효하다고 결정하는 경우에는 동 조문이 적용되지 않는다. “당사자들이 합의한 법원이 그 합

342) 승인 또는 집행이 거부될 수 있는 사유로 협약이 규정하고 있는 것은 제8조 제5항, 제9조, 제10조, 제11조, 제20조 등이 있다.

의가 유효하다고 결정한 경우”라는 문구를 집어넣은 것은 서로 다른 계약국들 사이에서 합의의 유효성을 판단하는 기준이 다를 수 있는바, 당사자들이 합의한 법원에서 합의가 유효하다는 결정을 내렸다면 해당 법원의 결정을 존중하라는 의도에서 삽입한 조문이다.³⁴³⁾

동 조문은 제5조 제1항 및 제6조 a호의 무효(null and void) 주장에 상응하는 조문이다. 당사자들이 합의한 국가의 법은 해당 국가의 국제사법 규칙을 포함한다.³⁴⁴⁾

3. 당사자능력 결여(제9조 b호)

b) 승인 또는 집행국 법에 따라 당사자가 합의를 체결할 능력이 없는 경우

이는 제6조 b호에 상응하는 조문이다.³⁴⁵⁾ 두 경우 모두 당사자 능력의 문제는 현지법(local law matter)의 문제로 보고 있다. 양 조항의 차이는 능력 판단의 기준이 되는 법으로 제6조 b호는 당사자들이 합의한 법원의 국가법에 의한다는 점, 제9조 b호는 재판의 승인 또는 집행국의 법에 의한다는 점이다. 실제로 능력에 대한 판단은 당사자들이 재판관할법원으로 삼기로 합의한 법원의 법과 소송이 계속된 국가의 법 양자 모두에 의할 사항이라 본다. 둘 중 어느 한 경우라도 능력이 없다고 판단되면, 법원 선택 합의는 무효(null and void)라 볼 것이다.³⁴⁶⁾

4. 피고에 대한 통지 결여(제9조 c호)

343) Vrellis(註 50), p. 775.

344) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 138.

345) Brand/Herrup(註 2), p. 112.

346) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 184.

- c) 청구의 본질적인 요소를 포함하는 소송을 개시하는 서면 또는 그에 상응하는 서면이,
- 1) 피고에게 충분한 기간을 두고, 또한 방어를 할 수 있도록 하는 방법으로 고지되지 않은 경우. 그러나 피고가 재판국 법원에서 고지를 다투지 아니하고 출석하여 변론한 경우에는 그러하지 아니하다. 다만, 재판국 법이 고지를 다투는 것을 허용하는 조건으로 한다. 또는
 - 2) 승인 또는 집행국에서 문서의 송달에 관한 그 국가의 근본적인 원칙에 양립하지 않는 방법으로 피고에게 통지된 경우

가. 일반론

동 조문은 협약 체결 과정에서도 논쟁이 된 주제였다. 몇몇 국가들은 재판국 법원이 통지의 시기(time), 장소(place), 방법(manner)을 결정하는 문제는, 자신들의 고유한 주권(sov​er​eign) 행사의 문제로 본다. 특히나 사소한 절차 위반을 이유로 재판의 승인 또는 집행을 거부하는 경우에는, 당해 협약의 광범위한 적용을 의도하는 제정 목적에 부합하지 않는 결과를 가져올 수 있기 때문이었다. 미국과 유럽연합은 송달의 적법성을 요구하지 않는 것을 선호하였으나, 우리나라와 일본 등 이를 요구하는 국가들의 태도를 고려하여 추가적으로 둔 문언이다.³⁴⁷⁾

동 조문은 당사자들 간의 이해관계의 균형점을 설정함과 동시에 협약의 적용가능성과 관련된 우려를 해결하려는 조항이다. 첫째로, 재판국 법원에서 재판을 받는 피고가 협약이 단지 ‘송달을 받는 것’이라는 용어를 사용하는 것이 아니라 고지된(notified) 이라는 용어를 사용하고 있는 것이 그 근거이다.³⁴⁸⁾ 두 번째로, 승인 또는 집행국 법원의 국가의 이익(sov​er​eign interest of state of the court addressed)을 보장해 준다. 즉, 재판의 승인 또는 집행국의 근본적인 원칙과 양립하지 않는 방법으로 당

347) 석광현(註 1), 211면

348) Brand/Herrup(註 2), p. 113.

사자에게 통지를 한 경우에는 승인 또는 집행의 거부 가능하다.

동 조문은 어디까지나 통지의 방식의 효과와 관련해서만 다루는 조항이다. 송달과 관련해서 특정한 규칙 혹은 방법에 의할 것을 명하는 조항이 아니다. 이는 재판국 법원의 국내법이 결정할 사안이라고 보았기 때문이다.

나. ‘서면’의 의미

서면은 청구의 본질적인 요소를 포함하는 소송을 개시하는 서면 또는 그에 상응하는 서면일 것을 요구한다. 소송을 개시하는 서면 외에 그에 상응하는 서면일 것을 요구한다는 문구를 삽입한 것은, 몇몇 국가에서는 양자를 별개로 취급하는 경우가 있기 때문이다. 소송을 개시하는 서면에 상응하는 서면은 청구(claim)의 본질적인 부분을 담고 있어야 하는 것으로 볼 것이다.

다. 피고가 방어권을 행사(arrange for defense)하기에 충분한 통지일 것

동 조문의 목적상 방어권 행사는 ‘효과적인 방어(effective defense)’로 해석되어야 할 것이다. 단순히 피고가 방어권을 행사하지 않았다는 점이 문제가 되는 것은 아니라고 본다.

이는 결국 (1) 고지(notification) 사실이 존재하지 않거나 (2) 고지가 피고로 하여금 방어권을 행사하기에 적절한 시기에 그리고 적절한 방법에 기해 행하여진 것이 아닌 경우를 의미한다. 예를 들어³⁴⁹⁾ 1) 협약에서 유효하다고 인정되는 서면이 존재할 것 2) 피고에게 서면으로 고지가 행해질 것 3) 고지를 받은 피고가 소송 절차에서 어떠한 조치를 취하려는데 있어서 필요한 최소한의 시간이 제공될 것 4) 만약 그러한 시간이 부족하다고 판단된다면, 그 사실이 피고가 효과적인 방어조치를 취하는

349) Brand/Herrup(註 2), p. 114.

것을 방해하였는지 여부 5) 고지가 영향을 준 방식 6) 부적절한 방식으로 행해진 고지가 피고로 하여금 효과적인 방어조치를 취하는 것을 방해했는지(prevented) 등을 검토할 필요가 있다. 이는 일반적으로 사실 확정의 문제라 할 것이나, 사실 문제 외에 법률적인 쟁점 또한 다뤄질 가능성이 있다.³⁵⁰⁾

충분한 기간을 결정하는 기준은 합의한 법원의 법에 의해서만 결정되는 것이 아니다. 당사자들이 합의한 법원의 법상 요구하는 조건을 만족한 경우라 하더라도, 이는 최종적으로는 요청받은 법원이 청구의 근거, 당사자와 법원과의 거리, 언어 혹은 통역 문제의 공평 등의 사정을 고려해서 판단할 문제이다.³⁵¹⁾

라. 피고가 재판국 법원의 고지를 다투지(challenge) 않은 경우의 법적 효과

피고가 재판국 법원에서 고지를 다투지 아니하고 출석하여 변론한 경우에는 위와 같은 사실들을 들어 재판의 승인 또는 집행을 거부할 수 없다. 위 조문은 피고가 재판국 법원에서의 재판 과정에 참가하였고, 또 그 과정에서 적시에, 적절한 방법에 의해 고지가 행해졌다는 사실을 전제로 적용되는 것이다.

실제로 재판의 고지가 적시에, 적절한 방법으로 행해진 경우가 아니라면 다수의 법체계에서는 피고로 하여금 이 점에 대한 이의권, 그리고 재판을 연기(adjournment) 할 수 있는 권리를 부여한다. 재판국 법원이 이와 같은 권리를 인정하고 있음에도 피고가 이를 효과적으로 행사하지 않은 경우에는, 협약은 재판의 승인 또는 집행의 단계에서는 이 점에 대한 재심사를 받을 수 있는 권한을 부여하지는 않는다.

반면, 피고가 고지를 받은 후 이를 다투었음에도(contested) 받아들여지지 않은 경우나, 재판국 법원의 법이 애초 고지에 대한 이의권을 인정하지 않는 경우에는 피고는 승인 또는 집행국 법원에서 이 점을 주장할

350) 예를 들어 무엇이 효과적인 항변인가의 문제는 법률적인 문제라고 할 것이다.

351) Brand/Herrup(註 2), p. 114.

필요가 있다. 특히 재판국 법원이 이의권을 허용하지 않는 경우에는 이에 상응하는 협약상의 효과적인 권리구제수단을 상정하기는 어렵다. 이는 승인 또는 집행국 법원 내에서 소송 절차를 진행하는 과정에서 주장하는 방식으로 해결할 문제라 본다.³⁵²⁾

마. 국가 이익의 보호

공적인 기관이 송달³⁵³⁾에 직접 참여하지 않는 나라들이 있다. 가령 영국의 경우에는 원고가 피고의 집에 택시를 타고 가서 외국의 명령장(writ)을 제출하면 그것만으로도 송달이 행해진 것으로 본다. 반면 다른 나라에서는 영국에서와 같이 송달 영장을 송달하는 것을 주권의 침해라 본다. 제9조 c호 ii)는 이와 같은 점을 고려해서, 국가의 주권을 존중하는 관점에서 규정하고 있는 조문이다.³⁵⁴⁾ 고지가 여러 국가에서 행해진 경우라고 하더라도, 그리고 그 국가의 법에 의하면 문제가 없는 것으로 다뤄졌다고 하더라도 승인 또는 집행국 법원이 판단하기에 당해 법원의 근본적인 원칙과 양립하지 않는 경우라면 동 조문의 적용 대상이라고 본다.³⁵⁵⁾

‘근본적인 원리’는 단순한 규율(mere rules and regulations)에 대비되는 개념으로 무엇이 ‘근본적’인 사항에 해당할 것인지에 대해서는 승인 또는 집행국 법원이 최종적으로 판단할 것이다.³⁵⁶⁾ ‘양립하지 않는’ 또한 단순한 기술적인 불일치(technical non-compliance)와 대비되는 개념이다.³⁵⁷⁾ 양립불가능이라는 개념은 협약에서 별도로 다루고 있는 개념은 아니다. 실제로 이를 구체적으로 언급하고 있는 국내법도 거의 존재하지 않는다. 이 또한 승인 또는 집행국 법원이 최종적으로 결론을 내릴 사항

352) Brand/Herrup(註 2), p. 114.

353) 제9조 c호 ii)에서는 i)에서 언급하는 ‘고지’가 아니라 ‘송달(service)’이라는 용어를 사용한다. Brand/Herrup(註 2), p. 115.

354) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 187.

355) Brand/Herrup(註 2), p. 115.

356) Brand/Herrup(註 2), p. 115.

357) Brand/Herrup(註 2), p. 115.

이라고 본다.³⁵⁸⁾

5. 재판이 절차와 관련된 사기에 의해 획득된 경우(제9조 d호)

d) 재판이 절차와 관련된 사기에 의해 획득된 경우

몇몇 법체계에서는 제9조 e호에서 다루는 공서 개념만으로는 절차적 사기(procedural fraud)³⁵⁹⁾ 문제를 해결하지 못한다는 주장이 있었기에, 협약의 제정 과정에서 둔 조문이다. 영미에서는 공서의 개념이 상대적으로 좁고, 사기를 공서 위반의 문제라기보다는 독립적인 승인 및 집행의 거부사유로 보기 때문이다. 이 예외사유는 미국 법원이 적용하는 외재적 사기 법리(extrinsic fraud rule)에 상응하는 것이다.³⁶⁰⁾³⁶¹⁾ Allegheny Corporation v. Kirby 사건에서는 소송절차 외에서의 행위로 인하여 당사자가 변론할 기회를 박탈당한 경우가 외재적이고, 소송 절차 내에서의 사기, 위증 등으로 인한 소송수행상의 장애는 내재적인 것이라 보았다.³⁶²⁾ 미국에서 승인거부사유가 되는 사기는 전통적으로 외재적 사기에 한정되었는데, 그 근거는 내재적 사기에 기한 이의는 실질재심사를 요구하므로 허용되어서는 아니 되고, 이는 판결국에 제출하여야 하기 때문이

358) Brand/Herrup(註 2), p. 115.

359) 허위 주소로의 송달, 주요 증거의 은닉 등이 해당한다.

360) 석광현(註 1), 211면 각주 76)에서는 외재적 사기는 원고가 외국의 소송절차 외에서의 행위로 인하여 피고가 절차에 참가하여 적절히 변론할 기회를 박탈한 경우에 존재하고, 내재적 사기는 소송절차 내에서의 위증, 부실표시, 또는 위조된 증거의 사용 등과 같은 외국의 소송절차 내에서의 행위를 한 경우에 존재한다고 서술하고 있다.

361) 석광현(註 1), 211면에서는 협약은 내재적 사기와 외재적 사기를 구별하지 않는다고 서술하고 있다.

362) Fraud is regarded as extrinsic or collateral where it prevents a party from presenting his cause of action or his defense, or induces him to withdraw a defense, or operates upon matters pertaining not to judgment itself, but to the manner in which it was procured. Where, however, the judgment was founded on a fraudulent instrument or perjured evidence, or the fraudulent acts pertained to an issue involved in the original action and litigated therein, the fraud is regarded as intrinsic

라고 한다. 그러나 양자의 구별에 반대하는 견해 또한 유력하며, 통일외국금전판결승인법(Uniform Foreign Country Money Judgments Recognition Act)도 양자를 구별하지 않는다.³⁶³⁾ 캐나다 대법원은 외국 재판의 승인 또는 집행과 관련해서는 외재적 / 내재적 사기를 구별하는 것이 비논리적이라고(spurious) 판시한 바 있다.³⁶⁴⁾ 실제로 어떠한 형태로든 절차에 관한 사기로 인해서 재판에 영향이 있었으면 굳이 이와 같은 구별 기준을 사용할 이유는 없다고 본다.

6. 승인 또는 집행이 승인 또는 집행국의 공서에 명백히 반하는 경우(제9조 e호)

e) 승인 또는 집행이 승인 또는 집행국의 공서에 명백히 반하는 경우. 이는 재판에 이르게 된 특정 소송절차가 그 국가의 절차적 공정의 근본원칙과 양립되지 않은 상황을 포함한다.

‘국가의 공서에 명백히 반하는 경우’라는 문구는 다른 헤이그 협약에서도 사용되는 개념이다. 따라서 동 문구를 해석함에 있어서도 헤이그 협약에서 전통적으로 사용되는 용례를 참조해서 판단하면 될 것이다.³⁶⁵⁾

가. 명백히 승인 또는 집행국의 공서에 반하는 경우

공서 개념은 이미 제6조 c호에서 살펴본 바 있다. 협약 제6조에서는 ‘manifestly contrary’라는 문구를 사용하고 있다. 반면에 제9조에서는 ‘manifestly incompatible’이라는 문구를 사용하고 있는바, 어떠한 의도를 가지고 이와 같이 규율한 것인지는 명확하지 않다.³⁶⁶⁾ 그러나 문맥상, 그

363) 석광현, “사기에 의한 외국판결승인의 공서위반여부와 상호보증”, 국제사법과 국제소송(제4권), 252-253면.

364) Beals v. Saldanha, [2003] 3 S.C.R. 416 (Can. 2003)

365) Brand/Herrup(註 2), p. 117. 각주 19)

366) Brand/Herrup(註 2), p. 117.

리고 인접 조문과의 관계상으로는 제6조와는 다르게 해석될 여지도 있다. 제6조는 사인간의 재판관할합의의 효력을 부인하는 과정에서 해당 문구를 사용하고 있는바, 제9조는 외국 재판의 승인 또는 집행을 거부하는 과정에서 해당 문구를 사용하고 있다는 점에 차이가 있다. 즉, 제6조에서의 대체 관할 논의는 단지 다른 법원에서 재판이 행해지도록 할 것 인지에 관한 것이나, 제9조에서의 승인 또는 집행의 거부 논의는 요청받은 공서에 반하는 경우에는 애초에 재판국 법원의 재판의 승인 또는 집행이 행해지지 않도록 하는 것이라는 점에서 양자를 구별할 실익이 있다고 볼 수 있다.³⁶⁷⁾

나. 절차적 공정의 근본원칙과 양립하지 않는 상황(incompatible with fundamental principles of procedural fairness)

동조 제2문은 제1문에 해당되는 내용 중 특수한 경우를 언급한 것이다. 동 조문에서는 ‘공서위반’이 재판에 이르게 된 특정 소송절차가 그 국가의 절차적 공정의 근본원칙과 양립되지 않는 상황을 포함한다고 본다 - 따라서 이 범위 내에서는 승인 또는 집행국 법원에게 일정 부분 실질 심사권을 부여하고 있다고도 볼 수 있을 것이다. 다만 제9조 e호를 이용해서 외국의 사법 체계(judicial or legal systems)를 무력화하는 방향으로 협약을 해석 및 운용하는 것은 바람직하지 않다고 본다.³⁶⁸⁾

절차적 공정의 근본원칙이라는 개념은 많은 법제에서, 주로 헌법에서, 적법 절차의 원리, 자연적 정의, 공정한 재판을 받을 권리라는 말 등으로 구체화되어 있다.³⁶⁹⁾ 이는 그 사회의 기본적인 가치를 구체화하는 용례이다. 승인 또는 집행국 법원 입장에서는 이러한 절차적 정의의 요청을 무시하면서까지 재판의 승인 또는 집행을 해야 할 이유는 없다고 보는 것이다.

367) Brand/Herrup(註 2), p. 117.

368) Brand/Herrup(註 2), p. 118.

369) Brand/Herrup(註 2), p. 118.

다. 실질적인 공서(substantive public policy)와 관련된 쟁점들

공서 개념이 실질사항만을 가리키는지, 절차사항만을 가리키는지, 양자 모두를 포함하는 개념인지는 논란의 여지가 있다. 공서 개념이 제1문에서 사용된 것은, 제2문의 규정을 고려한다면 어디까지나 공서는 실질사항만을 규율하기 위한 것이라고 볼 여지가 있다. 반면에 제1문에서 포괄해서 공서 개념을 언급하고 있는 것은 공서 개념이 실질 사항 및 절차사항을 모두 포함하기 때문이라고 볼 여지도 있다. 따라서 이 경우 제2문은 절차사항에 해당하는 부분을 별도로 문언에 포섭하려는 의도인지, 그 중요성으로 인해 별개로 규정한 것인지, 혹은 불필요한 중복 규정에 불과한지에 대해서 논의의 여지가 있다. Hartley/Dogauchi 보고서에서는 절차적 정의는 헌법적 차원에서 규정하는 나라들이 많으며, 그만큼 중요한 의미를 갖는 가치이기에 별도로 규정한 것이라 서술하고 있다.³⁷⁰⁾ 다만 어느 견해에 따르더라도 제9조 제2문에서 공서는 절차적 공정의 근본 원칙과 양립하지 않는 사항을 포함한다고 명시하고 있다는 점에서, 공서 개념이 최소한 이에 상응하는 절차적 사항을 포함한다는 점은 이론이 없다.

라. 제9조 내의 다른 조문들과의 관계

제9조 c호-e호까지는 주로 절차적인 문제(issue)를 규율한다. 제9조 c호는 고지(notification)에 관해 적용되는 조문이다. 반면 제9조 d호, e호는 절차(procedure) 혹은 절차들(proceedings) 등의 용어를 사용하고 있는바, 이는 고지보다 더 넓은 범주를 상정하고 있는 개념이다. 이와 같은 관점에서 볼 때, 제9조 c호가 d호 및 e호와의 관계에서 특별법(*lex specialis*)으로 볼 수 있다는 주장이 있다.³⁷¹⁾ 이 견해에 따르면 제9조 d호 혹은 e호와의 관계에서는 제9조 c호가 우선적으로 적용된다고 본다.

370) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 189. 미 연방헌법 제5조, 제14조를 그 예로 들고 있다.

371) Brand/Herrup(註 2), p. 119.

다. 불통일법체계(non-unified legal system)에의 적용

제6조 c호, 제9조 e호의 해석과 관련해서, 동 조문에서 사용하는 공서 개념이 계약국의 공서 개념에 한정되는 것이지, 혹은 영토적 단위(territorial unit)의 공서까지 포괄하는 개념인지가 불분명하다. 제25조 제1항은 공서에 대해서 적용되는 조문이라기보다는 법 또는 절차(law or procedure)에 관해서 적용되는 개념이라고 볼 수 있으므로 계약국의 공서에 한정되는 개념이라고 볼 것이다.³⁷²⁾ 공서 개념 자체만으로도 불확실성이 증대되는 면이 있는바, 영토적 단위의 공서까지 재판의 승인 또는 집행시 거부사유로 고려한다면 신속한 절차 진행이라는 협약의 목적을 달성하기 어려울 수 있기 때문이다.

7. 재판이 승인 또는 집행국에서 동일한 당사자들 간의 분쟁에서 선고된 재판과 양립하지 않는 경우(제9조 f호)

f) 재판이 승인 또는 집행국에서 동일한 당사자들 간의 분쟁에서 선고된 재판과 양립하지 않는 경우

가. 양립불가능성 판단의 기준 시점

동 조문은 재판국 법원의 판단과 승인 또는 집행국 법원의 판단이 불일치하는 경우, 승인 또는 집행국 법원의 판단을 우선시한다는 점을 규정한다.

협약은 양립불가능성 판단의 기준 시점을 명시하지 않는다. 이에 대해 승인 또는 집행국 법원에서의 판결이 언제 선고되었느냐를 불문하고 승인 또는 집행국 법원의 판결이 우선한다고 보는 견해가 있다.³⁷³⁾ 반면에

372) Brand/Herrup(註 2), p. 119.

373) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 192.

동 조문을 승인 또는 집행국에서의 양립하지 않는 재판이 재판국 재판의 승인 또는 집행 절차가 진행되기 이전에 선고되어야 하는 것으로 해석하는 견해도 있다.³⁷⁴⁾ 후자의 견해는 재판의 승인 또는 집행 절차가 진행되는 도중에는 재판국 법원에서 이와 양립하지 않는 재판을 선고하는 것은 금지된다고 본다.

나. 당사자의 동일성을 판단하는 기준

법 문언상 동일 당사자들간의 분쟁에서 재판이 선고될 것을 요구한다. 정확하게 동일한 분쟁이거나(same dispute), 동일한 청구원인(same cause or causes of action)³⁷⁵⁾을 포함할 필요는 없다.³⁷⁶⁾ 당사자의 동일성 여부는 승인 또는 집행국 법원이 결정할 사항이다. 가령 대위(subrogation) 문제가 발생하는 경우,³⁷⁷⁾ 당사자판단과 관련해서 법체계마다 이견이 있을 수 있다. 우리나라에서는 채권자대위권 행사와 관련해서 채권자대위소송이 자신의 권리를 행사하는 것임을 전제로 민법이 채권자에게 부여한 대위권이라는 실체법상의 권리를 소송상 행사하는 것이라는 견해가 있다.³⁷⁸⁾ 그러나 채권자대위소송은 법률이 채권자가 자기 채권의 보전을 할 수 있도록 그에게 채무자인 다른 사람의 권리에 관하여 관리처분권을 수여한 것으로 보는 것이 일반적인 견해이다.³⁷⁹⁾ 판례는 채권자대위소송에서 원고는 채무자에 대한 자신의 권리를 보전하기 위하여 채무자를 대위하여 자신의 명의로 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이므로, 그 지위는 채무자 자신이 원고인 경우와 마찬가지로 판시하고 있다.

다. 기판력 저촉 여부의 판단 기준

374) Brand/Herrup(註 2), p. 120.

375) 이는 협약 제9조 g호에서 동일한 청구원인을 언급하고 있는 것과 대비된다.

376) Brand/Herrup(註 2), p. 120.

377) Brand/Herrup(註 2), p. 120.

378) 호문혁, 민사소송법 제12판(2014년), 248면

379) 이시윤(註 36), 제148면.

협약은 어떤 경우 기관력에 저촉(inconsistent)되는지에 대해 규정하지 않는다. 따라서 이는 승인 또는 집행국의 국내법(national law)에 의해 판단할 사항이라고 본다. 기관력에 저촉되는지 여부를 판단함에 있어서 주문만을 기준으로 하는지, 판결 이유(*ratio decidendi*)까지 고려해야 하는지에 관해서는 아직까지 확립된 기준은 없다.³⁸⁰⁾ 판결이유까지 고려하자면 실제로 어느 범위까지를 그 대상으로 고려해야 하는지가 명확하지 않다는 점에서, 판결 주문만을 기준으로 삼는 것이 타당하다고 본다.

라. 제6조와의 관계

실제로 승인 또는 집행국 법원이 재판국 법원과 불일치하는 재판을 선고하는 경우는 드물 것이다. 이미 당사자들이 합의한 법원에서 판결이 선고되었음에도 불구하고 승인 또는 집행국에서 소송 절차를 진행한다면 협약 위반이라 볼 수 있기 때문이다(제6조).

예를 들어 다음과 같은 문제를 생각해 볼 수 있다³⁸¹⁾ - 소송이 계속된 법원은 협약 제6조 a호에 의해 선택된 법원의 국가의 법에 따라 합의가 무효라 판단해서, 자신이 대체 관할을 행사해서 판결을 선고하는 것이 가능하다. 반면에, 재판관할합의를 한 법원은 자국법에 의할 때 당해 합의가 유효라 판단하고 재판을 하는 경우가 있다. 이와 같은 상황에서 선택된 법원에서 선고한 재판의 승인 또는 집행을 강제할 수 있는 협약상의 근거규정이 존재하지 않는다는 점이 문제된다.

8. 재판이 동일한 당사자들 간에 동일한 청구원인에 관하여 다른 국가에서 선고된 선행 재판과 양립하지 않는 경우(제9조 g호)

380) Brand/Herrup(註 2), p. 120.

381) Brand/Herrup(註 2), p. 121. 협약 제6조 d호와 관련해서도 유사한 사례를 상정해 볼 수 있다고 보고 있다.

g) 재판이 동일한 당사자들 간에 동일한 청구원인에 관하여 다른 국가에서 선고된 선행 재판과 양립하지 않는 경우. 다만, 승인 또는 집행국에서 선행 재판이 승인을 위한 요건을 충족하는 것을 조건으로 한다.

당해 조문은 승인 또는 집행국 법원이 재판의 승인 또는 집행 절차를 진행함에 있어서 협약을 체결한 외국 법원이 선고한 재판과 협약을 체결하지 않은 외국 법원이 선고한 재판이 양립하지 않는 경우, 이를 재판의 승인 또는 집행을 거부 사유로 삼는 조문이다. 동 조문이 적용되기 위한 요건은 다음과 같다.

- 가. 법문상 협약상의 관할합의를 한 법원이 아닌 다른 법원이 관할합의를 한 법원보다 먼저 재판을 선고할 것을 요구한다. 판단의 기준 시점은 재판의 선고일(date of issue)이다.³⁸²⁾
- 나. 재판의 당사자가 동일할 것을 요구한다. 이는 제9조 f호에서의 논의와 동일하다.
- 다. 두 재판이 동일한 청구원인(same cause of action)을 포함할 것을 요구한다. 이는 제9조 f호와 다른 점이다. 공통되는 청구원인을 최소한 하나만 공유하는 경우라면 동 요건에 해당할 수도 있다고 해석할 여지도 있다는 점에서, 승인 또는 집행을 거부하는 사유로 활용될 가능성이 있다.³⁸³⁾
- 라. 승인 또는 집행국의 국내법에 비추어 판단해 볼 때 선행 재판이 승인을 위한 요건을 충족할 것. 실제로 동 요건이 충족되지 않음에도 불구하고 당사자들이 합의한 법원이 선고한 재판의 승인 또는 집행을 거부한다면, 협약의 목적에 반하는 행위로 볼 수 있을 것이다.

382) Brand/Herrup(註 2), p. 121.

383) Brand/Herrup(註 2), p. 121. 에서는 이 쟁점을 미해결 문제(unresolved issue)라 지적하고 있다.

Ⅲ. 선결문제(제10조)

1. 일반론

선결문제에 관한 논의는 협약 제2조 제3항과 관련해서 검토한 바 있다. 동 조문은 제2조 제2항에 의해 협약의 적용범위에서 제외되는 사항들을 선결문제로 주장함으로써 실질적으로 협약의 적용을 배제하려는 시도를 막으려는 취지에서 둔 조문이다.

제10조에서 선결문제에 대해 규율하는 것은 기관력이 선결문제에 관한 판단에도 미치는가에 대한 대륙법계와 영미법계의 차이를 고려한 것이다. 대륙법계는 판결의 효력을 주문에 포함된 것에만 미치는 데 반해서,³⁸⁴⁾ 영미법계에서는 판결의 효력을 변론과 판단의 대상이 된 판결이유 중의 법률상 및 사실상의 판단에까지 미치는 것으로 보기 때문이다.³⁸⁵⁾

2. 선결문제에 관한 판단의 승인 또는 집행(제10조 제1항)

제10조 선결문제

1. 제2조 제2항 또는 제21조에 따라 배제된 사항이 선결문제로 제기된 경우 그 문제에 관한 판단은 이 협약에 의해서 승인되거나 집행되지 않는다.

동 조문은 어디까지나 협약에 의한 승인 또는 집행을 금지할 뿐, 국내법이 외국 재판의 승인 또는 집행을 허용하는 경우에도 이를 배제하는

384) 민사소송법 제216조(기관력의 객관적 범위) ① 확정판결(確定判決)은 주문에 포함된 것에 한하여 기관력(既判力)을 가진다. 따라서 반대해석상 판결 이유중의 판단에는 상계의 항변을 제외하고 사실판단, 법률판단, 선결적 법률관계의 판단, 항변에 관한 판단을 불문하고 기관력이 미치지 않는다.

385) 석광현(註 1), 213면. issue preclusion(쟁점배제효), collateral estoppel(부수적 금반언), issue estoppel(영국)등의 개념을 사용한다. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 195.

조문은 아니다. 협약에 의한 승인 또는 집행은 예외사유 없이 금지된다.

3. 제2조 제2항에 따라 배제되는 사항에 관한 판단에 기초한 재판의 승인 또는 집행(제10조 제2항)

2. 재판의 승인 또는 집행은, 그 재판이 제2조 제2항에 따라 배제되는 사항에 관한 판단에 기초한 것인 경우에는, 그 범위 내에서 거부될 수 있다.

제1항에서와는 다르게 거부‘될 수 있다’고 규정함으로써 재량을 부여하고 있다. 제1항과 달리 제2조 제2항만을 언급할 뿐, 제21조에 대한 언급은 없다. 동 조문이 적용될 수 있는 경우는 다음과 같다 - 예를 들어 부동산의 소유권에 기한 손해배상의 지급을 명하는 외국판결의 승인 또는 집행이 문제되는 경우, 해당 판결이 원고의 소유권을 긍정하는 판단에 기초한 것이라면, 제2항의 적용 결과 곧바로 승인 또는 집행이 거부될 수 있다고 본다(이는 협약 제2조 제2항 1호에 의한 협약 배제 사유이다).³⁸⁶⁾ 결국, 동 조문은 실질적으로 협약 제9조에서 규정하고 있는 승인 또는 집행을 거부 사유에 추가하여 외국재판의 승인거부사유를 규정하는 결과가 된다.³⁸⁷⁾

4. 지식재산권의 경우의 특칙(제10조 제3항)

3. 그러나 저작권 또는 저작인접권 이외의 지식재산권의 유효성에 관한 판단의 경우에는, 재판의 승인 또는 집행은 다음의 경우에 한하여 전항에 따라 거부되거나 연기될 수 있다.
a) 그 판단이 그의 법에 따라 지식재산권이 발생한 국가의 권한 당국이 그 사항에 관하여 선고한 재판 또는 결정과 불일치하

386) 석광현(註 1), 214면.

387) 석광현(註 1), 214면.

는 경우, 또는
b) 지식재산권의 유효성에 관한 소송이 그 국가에서 계속중인 경우

지식재산권과 관련, 협약 체결과정에서 많은 논쟁이 있었다.³⁸⁸⁾ 지식재산권이 부여된 국가의 공적 기관(authority)의 판단과 관련해서, 그 국가의 법원 또는 권한 당국만이 유효한지 여부를 판단할 수 있다는 견해와, 이 문제는 전적으로 당사자가 주장하고 입증할 것이라는 견해가 대립했다. 후자는 지식재산권과 관련해서는 해당 문제가 항변(defense)이나 반소(counter-claim) 형태로 제기되는 경우가 많으며, 타 국가의 판단을 기다리는 것은 절차의 신속성을 해할 우려가 있다고 보았다. 제10조 제3항은 그 타협의 결과물이다.³⁸⁹⁾

Hartley/Dogauchi 보고서에서는 다음과 같은 사례를 들고 있다.³⁹⁰⁾ X국에서 A가 B를 상대로 특허권라이센스(patent-licensing) 계약에 기초해서 사용료를 청구하는 소를 제기하고, B가 이 소에 대해서 특허권이 무효라 항변을 한 경우, X국 법원은 특허권이 유효라 판단하고 A의 청구를 인용했다. A가 Y국에서 판결의 집행을 구하는 절차를 개시했다. 특허등록국(재판의 집행을 구하는 Y국 혹은 제3국인 Z국에서)에서 특허가 무효라는 재판을 선고하였다. 이러한 판단 자체는 X국에서 내린 결론과 배치되는 것은 아니다. 그러나 이 경우 Y국은 선결문제에 관한 판단과 저촉됨을 이유로 X국의 재판의 승인을 거부할 수 있다는 것이다.

5. 제21조의 선언에 의한 재판의 승인 또는 집행의 거부(제10조 제4항)

388) Hartley/Dogauchi 보고서에서는 실제로 제10조 제3항에서 지식재산권과 관련해서 제10조 제2항과는 별도로 규율하고 있는 것은, 지식재산권과 관련해서는 첨예한 분쟁이 발생할 것으로 예상되기 때문에 이 문제에 대해서 미리 규율해 두려는 취지라 보고 있다.

389) Brand/Herrup(註 2), p. 125.

390) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 198.

4. 재판의 승인 또는 집행은, 그 재판이 승인 또는 집행국이 제21조에 따라 한 선언에 의하여 배제되는 사항에 관한 판단에 기초한 것인 경우에는, 그 범위 내에서 거부될 수 있다.

국가가 협약을 특정사항에 적용하지 않는 점에 대해서 강한 이익을 가진다면 그 사항에 대해 협약을 배제하는 결정을 할 수 있다. 따라서 협약에 의한 재판의 승인 또는 집행 또한 거부될 수 있는 것이다.

IV. 손해배상(제11조)

제11조 손해배상

1. 재판의 승인 또는 집행은 그 재판이, 당사자에게 징벌적 손해배상을 포함하여 실제로 입은 손실 또는 손해를 전보하는 것이 아닌 손해배상을 인용하는 경우 그 범위 내에서는 거부될 수 있다.
2. 승인 또는 집행국 법원은 재판국의 법원이 인용한 손해배상이 소송과 관련된 비용과 경비를 전보하는지의 여부와 그 범위를 고려해야 한다.

동 조문은 민사소송에서 손해배상과 관련된 문제를 어떻게 처리할지에 대한 논의의 결과물이다. 즉, 전보배상이 아닌 손해(non-compensatory damages)에 대한 승인 또는 집행을 거부가능성을 인정한 조문이다.

협약 제9조 e호의 공서조문만으로는 징벌적 손해배상을 명하는 판결의 승인 또는 집행을 거부할 수 있는지에 대해 논란의 여지가 있었다.³⁹¹⁾³⁹²⁾ 실제로 협상 단계에서 유럽 국가들은 동 조문만으로는 징벌적

391) Brand/Herrup(註 2), p. 127.

392) 우리는 제217조(외국재판의 승인) 제1항 3호에서 그 확정재판 등의 내용 및 소송절차에 비추어 그 확정재판등의 승인이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의

손해배상을 거부하는 근거로 삼기에는 부족하다고 주장하는 경우가 많았다. 제11조는 징벌적 손해배상의 승인 또는 집행을 제한하는 명문의 규정을 국제조약에 명시했다는 점에서 의미가 있다.³⁹³⁾

제11조가 제정되는 과정에서는 다음과 같은 내용들이 다루어진 바 있다.³⁹⁴⁾

1. 협약의 범위 내에서 실제 손해배상을 명하는 판결의 경우에는 제8조가 제한 없이 적용된다는 점에는 견해대립이 없었다. 실제 손해(actual loss)는 일실 이익(future loss)을 포함한다.
2. 원고가 실제 손해 이상의 손해배상을 인정한 판결에 기해 승인 또는 집행을 신청하는 경우, 승인 또는 집행의 거부 근거로 제9조 e호의 공서 조문만으로 이를 해결하기는 어렵다고 보았다. 추가적인 근거(additional ground) 조문을 두기로 합의한 결과 나온 조문이 제11조이다.
3. 동 조문은 승인 또는 집행국 법원이 손해배상액 산정과 관련해서

사회질서에 어긋나지 아니할 것을 규정하고 있다. 현재 우리나라 민사소송법 학자들은 동 조문에 근거해서 징벌적 손해배상의 승인이 허용되지 않는다고 이론 구성을 하고 있다. 이는 형사법적 성격을 가지며, 따라서 이를 명하는 미국법원의 판결은 우리나라에서 인정되는 손해액을 초과하는 부분은 승인될 수 없다고 한다. 호문혁(註 378), 694면. 이시윤(註 36), 617면. 다만 하도급거래 공정화에 관한 법률 제35조 제2항에서 징벌적 손해배상을 인정하고 있기 때문에 이러한 사건에서는 미국법원의 판결이 승인될 수 있을 것이라 본다.

한편, 일본 최고재판소는 日本最高裁判所 1997. 7. 11. 선고 裁時1199号3 판결에서 “민사소송법 제118조 제3호는 외국재판소의 판결이 일본에 있어서 공서에 반하지 않는 것을 조건으로 하고 있다. 외국재판소의 판결이 일본에서 채택하고 있지 않는 제도에 기한 내용을 포함하더라도, 그것을 가지고 바로 위 조건을 만족시키지 않는다고 할 수 없고, 그것이 일본법질서의 기본원칙 내지 기본이념에 용납되지 않는 경우에 그 외국판결은 위의 법 조항에서 말하는 공공의 질서에 반한다고 할 수 있다”고 전제하면서, “불법행위당사자간에 있어서 피해자가 가해자에게 실제로 발생한 손해의 배상에 덧붙여 제재 및 일반예방을 목적으로 배상금을 지급받도록 하는 것은 일본의 불법행위에 기한 손해배상제도의 기본원칙 내지 기본이념에 용납되지 않는다고 인정된다”고 판시한 바 있다. 김효신, “징벌적 손해배상을 명한 외국판결의 승인 집행”, 상사판례연구 10권(1999), 237면에서 재인용.

393) 석광현(註 1), p. 216.

394) 이하의 논의는 Brand/Herrup(註 2), pp. 127-128.를 참조

실질 심사를 하라는 의미는 아니다. 또한 제11조는 어디까지나 당사자가 구하는 손해배상액이 실손해를 초과하는 것이 명백(obvious)한 경우에만 적용할 것을 요구한다. 징벌적 손해배상은 손해배상액이 실손해를 초과하는 예시에 불과하다.

4. 당해 조문은 약정손해배상(liquidated damages) 뿐만 아니라 법정손해배상(statutory damages)의 경우에도 적용된다.³⁹⁵⁾
5. 당해 조항을 실제로 적용하는 것은 승인 또는 집행국 법원이나, 이는 승인 또는 집행국 법체계(legal system) 하에서의 손해배상과 관련된 기준을 그대로 적용한다는 의미는 아니다. 즉, 재판국 법원의 법 혹은 승인 또는 집행국 법원의 법을 적용하는 것이 아니라 제11조의 독자적인 해석에 의할 것으로 보고 있다.
6. 재판의 승인 또는 집행의 거부가 가능한 부분은 실제로 손해를 입은 부분 이상에 해당하는 부분에 한정된다. 몇몇 법체계는 공서(public policy) 개념이 적용되는 경우 일부무효 법리를 적용하지 않고 전부무효로 처리하는바, 이를 방지하기 위한 취지이다. 명시적으로 이와 같은 내용을 조문에 삽입하는 것이 좋으리라는 취지에서 둔 규정이다.
7. 예비초안 제15조 제1항에서는 정치한 규정(sophisticated rules)을 두어 재판의 승인 또는 집행과 관련된 내용을 규율하고자 시도했으나,³⁹⁶⁾ 그러한 초안은 당사국들이 재판을 승인 또는 집행하는 과정에서 부담을 느낄 수 있다는 이유로 협약을 작성하는 과정에서 배제되었다.
8. 의무가 아니라 ‘재량’사항이다. 이는 제9조의 승인 또는 집행의 거부 원칙이 취하고 있는 접근방법과 일맥상통하는 것이다. 또한, 국내법이나 기타 국제기구(international instruments)가 규율하는 손

395) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 205. (e)

396) “징벌적 손해배상을 포함하여 비진보적 손해배상을 명하는 재판은 요청받은 국가의 법원이 유사한 또는 그에 상응하는 손해배상을 명할 수 있었던 범위 내에서 승인되고 집행된다. 이 항의 어느 것도 요청받은 법원이 재판국 법원이 명한 손해배상의 전액에 이르기까지 국내법에 따라 승인 또는 집행하는 것을 금지하지 아니한다.”

해배상책임의 승인 또는 집행을 제한하는 것도 아니다. 협약에서 해당 내용까지 규율하려고 시도하는 것은 필요 이상의 간섭이 될 수 있다고 보았다.

9. 제11조 제2항의 소송비용(cost of proceedings)은 실제 손해(actual loss)를 배상하는 범주에 들어가지 않는다고 볼 여지가 있다. 소송 비용 개념은 국가별로 차이가 있기 때문이다.³⁹⁷⁾

제11조 문언상으로는 무엇이 전보배상에 해당하는지에 대한 판단을 내릴 수 없다. 이는 결국 협약 해석의 문제이다. 승인 또는 집행국 법원은 승인 또는 집행국에서의 손해배상액 개념만을 고려해서, 재판국 법원에서 적절하다고 판단한 손해배상의 범위 및 금액을 무시할 수 없다. 실제로 서로 다른 법체계 국가들은 손해배상과 관련해서, 서로 다른 금액(amount)을 산정할 수 있기에, 판결의 집행 및 승인을 구하는 국가들은 이 점을 고려하여야 한다.

제11조 제2항은 제1항에 의해 법원이 고려할 수 있는 재량의 범위를 축소한다는 점에서 그 의미가 있다.³⁹⁸⁾ 소송과 관련된 비용과 경비의 전보 여부만이 아니라 전보 범위까지도 고려 대상이 된다. 소송과 관련된 비용과 경비는 제8조 제1항에서 규율하는 재판의 승인 또는 집행과 관련된 비용을 포함한다.

한편, 제17조 제2항 b호에서는 보험계약 또는 재보험계약의 경우에는 제11조가 적용되는 손해배상의 인용과 관련해서 책임을 포함한다는 근거로 제한되거나 거부될 수 없다고 규정한다. 당사자는 이와 같은 사실을 예상하고 보험계약을 체결했을 것이기 때문이다.

V. 재판상 화해(Judicial settlements - *transactions judiciaries*) (제12조)

397) 미국에서는 소송비용은 원칙적으로 변호사의 보수를 포함하지 않는다.

398) Brand/Herrup(註 2), p. 129.

제12조 재판상 화해

전속적 관할합의에서 지정된 채약국의 법원이 인가하거나 또는 소송과정에서 그 법원의 앞에서 체결되고, 재판국에서 재판과 동일한 방법으로 집행될 수 있는 재판상 화해는 이 협약에 따라 재판과 동일한 방법으로 집행된다.

1. 의의

재판상 화해³⁹⁹⁾는 법원 앞에서 양 당사자가 다툼이 있는 법률관계에 관하여 상호 양보하여 합의한 결과를 진술하는 행위이다. 예비초안 및 Nygh/Pocar 보고서에서도 재판상 화해와 관련해서 논의되었던 바 있다.⁴⁰¹⁾ 재판상 화해는 비록 법원 앞에서 체결되더라도, 법원의 권위에 의하는 것이 아니라 당사자들이 합의에 의한 구속력을 인정한다는 점에서 그 의미를 가진다. 당사자들이 합의를 하면서 재판상 화해의 집행가능성에 대해서 별도로 합의한 경우가 아니더라도, 집행력이 인정된다.

2. 기판력(*res judicata*)의 인정 여부

재판국 법원에서 행하는 재판상 화해는 기판력(*res judicata*)이 있을 수도, 없을 수도 있다. 예를 들어 우리 민사소송법은 화해조서에 확정판결과 동일한 효력을 인정하고 있으므로 재판상 화해에 기판력을 인정하는 반면(민사소송법 제220조), 독일 민사소송법은 재판상 화해에 기판력

399) 해당 개념은 보통법계 국가에서 사용하는 동의명령(*consent order*)과는 다른 개념이다. 이는 법문상 '재판'개념에 포섭될 수 있다(협약 제4조 제1항). 또한 재판 외 화해(*out-of-court settlement*)와도 구별되는 개념이다 Hartley/Dogauchi(註 17), para. 207.

400) 보통법 법체계 국가에서 봤을 때는, 재판상 화해의 본질은 두 가지 제도 - 1) 법원에 의한 화해 판결(*consent judgment*)과 2) 당사자의 재판 외 합의(*out-of-court settlement*)의 중간적 성격을 갖는 것으로 해석하는 것이 일반적이다. Brand/Herrup(註 2), p. 130.

401) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 206. 각주 243)

을 인정하지 않는 등 법역별로 차이가 있다.

3. 요건

가. 계약 당사자들 간에 분쟁이 있을 것 나. 분쟁의 전부 또는 일부에 관한 해결(resolve)과 관련된 사항을 포함할 것 다. 법관 앞에서 결론을 내렸을 것 라. 재판과 같은 방법으로 집행 가능할(enforceable) 것을 요구한다.⁴⁰²⁾

협약 제12조에서는 재판상 화해의 승인과 관련해서는 별도로 규율하고 있는 바가 없으며, 집행과 관련한 사항만을 규율하고 있다. 재판상 화해의 승인은 협약에 의해 규율되는 것이 아니라 국내법에 의해 규율해야 할 문제로 보기 때문이다.⁴⁰³⁾

4. 재판상 화해의 집행 절차

가. 전속적 관할합의에서 지정된 체약국의 법원이 인가할 것 또는

국가별로 재판상 화해의 집행 절차는 서로 다를 수 있다. 가령 프랑스에서는 별도의 명령(separate order)을 요구하는 반면, 독일에서는 단지 재판상 화해가 거래(transaction)에 관한 내용을 포함하는 것만으로도 충분하다고 본다.⁴⁰⁴⁾ 이하 재판상 화해의 요건들을 분설하면 다음과 같다.⁴⁰⁵⁾

(1) 재판상 화해의 집행이 협약에 따라 재판의 집행과 같은 방식으로 행해지므로, 제8조에 의해 집행이 가능한 경우여야 한다(따라서 제8조 제5항 제2문에 의한 예외사유에 해당하는 경우는 제외된다).

(2) 인가 법원은 체약국 법원이어야 한다.

402) Brand/Herrup(註 2), p. 130.

403) Brand/Herrup(註 2), p. 99.

404) Brand/Herrup(註 2), p. 99.

405) Brand/Herrup(註 2), p. 131.

나. 소송과정에서 그 법원 앞에서 체결되고, 재판국에서 재판과 동일한 방법으로 집행될 수 있을 것

동 조는 재판상 화해의 성립요건을 나타낸 조문이다. 재판국에서의 집행가능성은 재판국의 국내법에 따른다. 협약은 승인 또는 집행국 법원이 제13조 하에서 규율하고 있는 다음의 조건들을 만족한다면 집행이 가능한 것으로 규정한다.

(1) 제13조 제1항 e호에 의해 재판상 화해 또는 그 일부가 재판국에서 재판과 동일한 방법으로 집행될 수 있다는 재판국 법원의 증명서를 제출할 것. (2) 제13조 제2항에 의해 재판의 내용이 요청받은 법원이 이 장(제3장)의 조건을 구비하는지의 여부를 확정하는 것을 허용하지 않는 경우, 그 법원은 모든 필요한 서류를 요구할 수 있다고 규정한다.

이와 관련해서 제소전화해가 동 조문에서 규정하는 화해에 포함되는지에 대한 논의의 여지가 있다. 협약의 문언에 의하면 반드시 소송상화해만이 아니라 제소전화해도 포함되는 것으로 보인다.⁴⁰⁶⁾ 재판상 화해는 소송제기 전에 지방법원 단독판사 앞에서 하는 제소전화해와 소송계속 후 수소법원에서 하는 소송상화해 두 가지를 가리킨다.⁴⁰⁷⁾ 제소전화해는 일반민사분쟁이 소송으로 발전하는 것을 방지하기 위하여 소제기 전에 지방법원 단독판사 앞에서 화해신청을 하여 해결하는 절차를 의미한다. 서울중앙지방법원 2010. 2. 5. 선고 2009가합39658판결은 “피고들은, 뉴욕주법원이 선고한 이 사건 대상판결은 원고와 망인 사이에 재판상 화해로서 외국법원의 확정판결에 해당하지 않는다고 주장하므로 살피건대, 민사소송법 제217조에서 규정하는 ‘판결’이라 함은 재판의 외관을 가진 판결서에 한하지 아니하고 확정판결과 동일한 효력이 있는 재판상 화해·인낙까지 포함하는 것”이라 판시한 바 있다. 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다68910판결의 취지를 고려하면, 외국법원의 판결이 되기 위해서는

406) 석광현(註 1), 217면

407) 이시윤(註 36), 569면. 대법원 1992. 5. 26. 선고 91다28528판결에서도 제소전화해는 재판상 화해로서 확정판결과 동일한 효력이 있다고 판시하였다.

법원이 책임을 지는 어떤 판단이 포함되어야 하고, 법원의 역할이 단순히 증서화하는 활동 또는 공증적 기능을 하는 데 그치는 것으로는 부족하다고 본다.⁴⁰⁸⁾ 제소전화해의 경우에는 법원이 단순히 증서화하거나 공증적 기능을 하는 것이 아니라, 확정시 확정판결과 동일한 효력이 있고 창설적 효력을 가지는 것이므로 화해가 이루어지면 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸⁴⁰⁹⁾하는 것이므로 대립적 당사자에 대한 상호 간의 심문이 보장된 절차에서 행해졌다면 제소전화해 또한 협약에서 규율하는 재판상 화해에 포함된다고 본다.

5. 재판상 화해의 승인

협약은 단지 재판상 화해의 집행가능성에 대해서 언급할 뿐 승인에 대해서는 별도로 언급하지 않는다. 협약은 본안 심사 과정에서 재판상 화해 사실을 계약상의 항변(contractual defense) 사유로 주장하는 것을 금지하지는 않는다.

VI. 제출되어야 할 서류(제13조)

1. 일반론

외국 재판을 승인 또는 집행하려면, 그 전제로 승인 또는 집행국의 재판에 공적인 권위(public authority)가 부여되어 있다는 사실, 그리고 그 사실을 증명을 할 수 있는 기초 자료가 필요하다. 즉, 해당 사항들을 증명(establishing)하는 서류가 필요한 것이다. 제13조에서 규정하고 있는 서류들은 재판의 존재 사실을 증명하기 위해서, 또 재판의 승인 또는 집행을 범위를 확정하기 위해서 요구되는 서류들이다. 이는 재판의 승인 또는 집행 과정에서 필요한 최소한의 서류들이다. 협약은 미리 해당 서

408) 석광현(註 185), 447-448면

409) 대법원 1992. 5. 26. 선고 91다28528판결

류를 제출할 것을 요구함으로써 재판의 승인 또는 집행과정에서의 예측 가능성을 담보해 줄 뿐만이 아니라, 증명의 부담을 덜어준다는 측면에서 비용 절감에 기여한다고 볼 수도 있다.

2. 제출되어야 할 서류

제13조 제출되어야 할 서류

1. 승인을 구하거나 집행을 신청하는 당사자는 다음의 서류를 제출해야 한다.
 - a) 완전하고 증명된 재판의 사본
 - b) 전속적 관할합의, 그의 증명된 사본 또는 그의 존재에 관한 증거
 - c) 결석재판이 행해진 경우, 소송을 개시하는 서면 또는 그에 상응하는 서면이 결석한 피고에게 통지되었음을 증명하는 서류의 원본 또는 증명된 사본
 - d) 재판이 재판국 법원에서 효력을 가지거나, 적용되는 경우 재판국에서 집행될 수 있음을 증명하는 서류
 - e) 제12조에 언급된 경우, 재판상 화해 또는 그의 일부가 재판국에서 재판과 동일한 방법으로 집행될 수 있다는 재판국 법원의 증명서

제14조에서는 절차와 관련해서는 협약이 달리 규정하지 않는 한 요청 받은 국가의 법에 의할 것을 요구하는바, 제13조 제1항은 협약에서 ‘달리 규정한 경우’에 해당한다.⁴¹⁰⁾ 따라서 동 조문은 실질적으로 제14조에 우선해서 적용되는 조문으로 볼 수도 있다. 동 조문은 예비초안 제29조 제1항과 유사한 형태를 취한다.⁴¹¹⁾

협약은 일반적으로는 해당 국내법의 증거법 원칙에 어떠한 영향을 줄

410) Brand/Herrup(註 2), p. 133.

411) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 210. Nygh/Pocar 보고서 pp. 109-110.

것을 의도하고 있는 것은 아니지만, 제13조 제1항은 당해 서류의 증거제출책임(burden of production)⁴¹²⁾이 판결의 승인 또는 집행을 구하는 당사자에게 있음을 규정한다.

제13조 제1항 a호에서의 재판은 협약 제4조 제1항에서 규정하고 있는 재판을 의미한다. 본안에 관한 법원의 모든 재판을 의미하는 것이므로, 최종 결정만을 의미하는 것은 아니다.⁴¹³⁾

제13조 제1항 b호는 전속적 관할합의, 그의 증명된 사본 또는 그의 존재에 관한 증거를 요구한다. 존재에 관한 증거는 전자적인 합의의 존재를 증명하기 위한 것이다.⁴¹⁴⁾⁴¹⁵⁾

제13조 제1항 c호는 결석재판의 특수한 경우를 규정하고 있다. 이 경우 피고가 반대 증거를 제시하지 않는다면 통지가 된 것으로 추정(assume)한다. 협약 제9조는 결석재판과 관련된 절차를 국내법의 문제로 보고 있는 것에 반해서, 협약 제13조 제1항 c호는 협약의 독자적인 개념으로 파악하고자 한다.

제13조 제1항 d호는 ‘재판국’에서 집행될 수 있음을 증명하는 서류가 제출되어야 한다고 규정하고 있다. 이 점에 대해서 절차와 관련 있는 ‘모든 서류’로 이해되어서는 안 된다고 보는 견해가 있다.⁴¹⁶⁾ 즉 이와 같은 조항들은 실제로 당해 협약의 객체와 목적에 맞게 해석되어야 한다는 것이다. 판결의 승인 또는 집행 과정에서 서류를 요구하는 것은 어디까지나 승인 또는 집행의 편의를 위함이지, 승인 또는 집행 과정에서 장애물을 만들고자 하는 의도는 아니라고 본다.

제13조 제1항 e호는 재판상 화해의 ‘집행’시 필요한 구비서류들을 규정하고 있다.

412) Brand/Herrup(註 2), p. 133.

413) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 211.

414) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 211.

415) 협약 제3조 c호 ii) 추후 참조를 위하여 사용될 수 있도록 정보에의 접근을 가능하게 하는 그 밖의 통신 수단

416) Brand/Herrup(註 2), p. 135.

2. 만일 재판의 내용이 승인 또는 집행국 법원이 이 장의 조건을 구비하는지의 여부를 확정하는 것을 허용하지 않는 경우, 그 법원은 모든 필요한 서류를 요구할 수 있다.

동 조문은 승인 또는 집행국 법원으로 하여금 재판의 내용 자체만으로는 제3장의 요건을 구비하였는지를 확정할 수 없는 경우에, 그 확정해 필요한 추가적인(additional) 서류를 요구할 수 있음을 규정하고 있다. 해당 조문에 대해서는 제1항에서 요구하고 있는 서류들이 과도한 부담이 아님을 반증하는 것이라는 견해가 있다.⁴¹⁷⁾ 즉, 제1항에서 요구하는 서류는 어디까지나 필요한 범위 내에서 요구되는 서류들이라는 것이다.

3. 승인 또는 집행을 신청은 재판국의 법원(법원의 공무원을 포함하여)이 헤이그국제사법회의가 추천하고 공간한 양식으로 발행한 서류를 동반할 수 있다.

협약에 의거한 승인 또는 집행 절차의 신속성 및 확실성 보장을 위해 헤이그국제사법회의에 의해 표준 서식이 개발된 바 있다. 해당 서식을 의무적으로 사용해야 하는 것은 아니다.

4. 이 조에 언급된 서류가 승인 또는 집행국의 공식 언어로 작성되지 않은 경우, 승인 또는 집행국 법률이 달리 규정하지 않는 한, 그 서류들은 그 공식 언어로 된 증명된 번역문을 동반하여야 한다.

이는 승인 또는 집행국에서의 재판의 승인 또는 집행을 편의를 위해 요구되는 사항을 정하는 조문이다. 국제 사건에서의 재판의 승인 또는 집행과 관련해서 부가되는 번역문은 실제로 비용을 증가시키지 않을까

⁴¹⁷⁾ Hartley/Dogauchi(註 17), para. 212.

하는 우려가 있다. 그럼에도 불구하고, 번역문 작성에 드는 비용보다는 승인 또는 집행 절차의 간소화를 통해 달성할 수 있는 이익이 더 크기 때문에 협약에서는 번역문의 제출을 규정하고 있다. 만약 승인 또는 집행국 법원에서 사용하는 공식 언어가 없다면, 승인 또는 집행국 법원에서 진술(submission)하는 언어로 번역문을 동반할 것을 요구한다.⁴¹⁸⁾ 설령 국내법상 번역문을 제출할 것이 요구되지 않는 경우라고 하더라도, 동 조문에 의해 번역문 제출이 강제된다. 동봉되는 번역본은 서류 ‘전부’에 대한 번역본이어야 하며, 일부에만 한정된 번역본이어서는 안 된다.⁴¹⁹⁾

협약의 내용만으로는 번역문이 재판국 법원에서 요구되는 기준을 충족해야 하는지, 승인 또는 집행국 법원에서 요구되는 기준을 충족해야 하는지 명확하지 않다. 만약 공식 언어로 작성된 번역문이 요구되는 기준을 충족하지 못한 경우에는 이를 이유로 재판의 승인 혹은 집행을 반복해서 거절될 수 있는 가능성이 있다. 절차의 승인 또는 집행과 관련해서 협약 하에서 발생할 수 있는 모든 가능한 절차적인 장애사유들은, 승인 또는 집행국 법원의 입장에서 볼 때 협약의 목적(objectives)에 맞게 해석될 것이 요구된다고 볼 것인바, 이와 같은 이유로 승인 및 집행을 무조건적으로 거부하는 것은 문제가 있다고 본다.

비록 제13조 제4항에 의해 번역문을 같이 첨부할 것이 강제되더라도, 동 조문에서 적시하고 있는 바대로 승인 또는 집행국의 법률이 달리 규정하는 경우에는 의무적으로 번역문을 동반할 필요가 없다. 협약에서 언급하고 있는 ‘법률’이 오직 성문법(statute law)만을 의미하는지, 성문법 이외에 판례법(case law)을 같이 의미하는지는 명백하지 않다.⁴²⁰⁾

VII. 절차(제14조)

418) Brand/Herrup(註 2), p. 136.

419) Brand/Herrup(註 2), p. 136.

420) Brand/Herrup(註 2), p. 136.

제14조 절차

승인, 집행가능선언 또는 집행의 등록과 재판의 집행의 절차는 이 협약에 달리 규정하지 않는 한 승인 또는 집행국의 법에 의하여 규율된다. 승인 또는 집행국 법원은 신속히 행위하여야 한다.

제14조는 협약이 절차와 관련해서 협약상의 예외 사유가 없는 한, 승인 또는 집행국의 법에 의해 규율된다고 서술하고 있다. 절차는 법정지법에 따른다는 국제사법상의 기본 원칙을 승인 또는 집행과 관련해서 규정하고 있는 것이다. 당해 조문은 제3장에서 규정하고 있는 절차들을 모두 포괄하고 있다. 동 조문은 승인 과정에서 요구되는 특별한 절차가 없거나, 혹은 오직 약식 절차만 있는 국가의 경우에도 적용된다.⁴²¹⁾

협약에서 달리 규정하는 경우에는 협약의 내용에 따른다. 가장 대표적인 조문이 협약 제8조 제1항이다.⁴²²⁾ 즉, 재판은 협약에서 규정하고 있는 거부 사유가 없는 한 승인 또는 집행되어야 하는 것이다.

승인 또는 집행국 법원은 신속히 행위하여야 한다(제14조 제2항). 규정 형식은 의무적인 형태를 취하고 있으나, 실제로는 훈시 규정처럼 운영될 소지가 있다. 동 조문을 실제로 위반한 경우라 하더라도 이에 대해서 현실적으로 제재를 가할 근거가 없기 때문이다. 협약의 실효성 확보를 위해, 승인 또는 집행국 법원으로서의 최대한 빨리 행위하여야 한다고 해석할 것이다.

VIII. 가분성(Severability, 제15조)

제15조 가분성

재판의 가분적인 일부의 승인 또는 집행은 일부 승인 또는 집행이 신청되거나, 또는 재판의 일부만이 이 협약에 따라서 승인 또는 집행될 수 있는 경우에 허용된다.

421) Brand/Herrup(註 2), pp. 136-137.

422) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 215.

동 규정에 의해 재판의 일부에 대해서도 승인 또는 집행이 가능하다. 당해 조항을 둔 이유는 재판의 승인 또는 집행의 범위를 확대하기 위해서이다.⁴²³⁾ 즉, 재판의 일부분이 승인 또는 집행의 요건을 갖추었음에도 재판이 전체적으로는 승인 또는 집행의 요건을 갖추지 못하였음을 들어서 일부분의 승인 또는 집행을 거부할 수 없는 것이다. 재판의 일부에 대한 승인 또는 집행이 가능해진 결과 일부 거부 또한 허용된다.⁴²⁴⁾ 재판 전체에 대해서 승인 또는 집행이 행하여지지 않았음을 이유로 이를 거부할 수 없으며, 재판의 일부에 한해서 승인 또는 집행이 행해졌다고 하더라도 위법한 것도 아니다.

‘분리가능성’은 협약에서 별도로 규정을 하지는 않는다. 이는 결국 승인 또는 집행국의 국내법에 의해 결정할 사항이라고 본다.⁴²⁵⁾

제5장 일반 조항(General Clauses)

제4장에서는 특정한 계약 혹은 거래와 관련해서 영향을 줄 수 있는 주요한 11개의 조문을 규정하고 있다.

I. 경과규정(제16조, Transitional Provisions)

제16조 경과규정

1. 이 협약은 당사자들이 합의한 법원의 국가에 대하여 협약이 발효한 후에 체결된 전속적 관할합의에 적용된다.

1. 제16조 제1항 - 전속적 재판관할합의에 적용되는 기준 시점 결정

423) 1999년 예비초안에도 이와 같은 내용이 규정되어 있었다. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 217. 주석서는 Nygh-Pocar 보고서 p.115. 참조

424) Brand/Herrup(註 2), p. 137.

425) Brand/Herrup(註 2), p. 137.

협약 제16조 제1항에서는 협약은 협약 발효 후 체결한 전속적 관할합의에만 적용됨을 규정함으로써, 장래효 원칙을 선언하고 있다. 특히 제2장 제5조, 제6조와 관련해서 의미를 갖는 조문이다.

전속적 재판관할합의가 존재하였음을 결정하는 발효일(operative date)은 서명, 비준, 수락 및 승인 또는 가입에 관한 일자가 아니라, 제31조 하에서 규정하는 발효일이다. 즉, 비준서, 수락서, 승인서 또는 가입서의 기탁 후 3개월이 경과한 때의 다음 달의 초일을 기준 시점으로 본다.

당사자들이 복수의 계약을 체결하면서 복수의 재판관할합의를 하는 경우가 있다. 이 경우에는 계약 체결 시점이 일정하지 않을 수 있는바, 협약 체결 후 재판관할합의를 한 부분에 대해서는 협약이 적용된다. 반면에 협약 체결 전 재판관할합의를 한 부분은 국내법(national law)의 적용 대상이다.

2. 제16조 제2항 - 소 제기 시점(The date proceedings are brought)의 결정

2. 이 협약은 소가 계속한 법원의 국가에 대하여 협약이 발효하기 전에 제기된 소송에 대하여는 적용되지 아니한다.

제16조 제2항에서 규정하고 있는 소가 계속한 법원(the court seised)의 의미에 관해서는 협약에서 명문으로 규정하지는 않는다. 해석상으로는 당해 절차가 개시된(instituted) 법원을 의미한다고 본다.⁴²⁶⁾

제16조 제2항은 당사자들이 합의한 법원의 관할의 유효성 판단에 영향을 주는 조문은 아니다. 즉, 협약 제5조와 관련해서 적용되는 조문은 아니다. 또한, 제16조 제1항에 의해 재판관할합의를 한 부분이 협약의 적용 대상에서 배제된다면, 제16조 제2항의 적용여부는 애초에 문제될 여지가

⁴²⁶⁾ Brand/Herrup(註 2), p. 141.

없다. 반면 제6조, 제8조와 관련해서는 적용되는 조문이다.

3. 구체적인 사례

Hartley/Dogauchi 보고서에서는 다음과 같은 사례를 들고 있다.⁴²⁷⁾

협약은 P국에서는 2008년 1월 발효했으며, R국에서는 2008년 7월 발효했다. X와 Y는 P국 법원을 전속적 관할법원으로 합의한 바 있다. 우선, 재판관할합의를 한 시점이 2007년 12월 1일인 경우, X가 P국 법원에서 2008년 7월 1일 소를 제기했다면, 이 경우는 재판관할합의를 한 시점이 협약의 발효일 전이므로 협약의 적용 대상이 아니다.

만약, 재판관할합의를 한 시점이 2008년 1월 15일인 경우, 2008년 3월 1일에 Y가 P국 법원에 소를 제기했고, 동년 4월 1일에 법원이 P국에서 집행가능하다는 판결을 선고했으며, 2008년 8월 1일 Y는 재판의 집행 절차를 R국에서 개시할 것을 요청했다고 가정하자. 재판관할합의를 한 시점은 P국에서의 협약 발효일 이후이며, 집행 절차 요청 시점은 R국에서의 협약 발효일 이후이기에, 협약에 적용 대상이 된다.

재판관할합의를 한 시점이 2008년 1월 15일인 경우, 2008년 6월 1일에 Y가 R국 법원에 소를 제기했다면, 이는 R국의 협약 체결일 이전이므로, R국 법원이 제6조에 의해서 소송절차를 중지하거나 각하할 의무가 없다.

II. 보험계약과 재보험계약(제17조)

제17조 보험계약과 재보험계약

1. 보험계약 또는 재보험계약에 따른 소송은 그 보험계약 또는 재보험계약이 이 협약이 적용되지 않는 사항에 관계된 것이라는 근거로 이 협약의 적용 범위로부터 제외되지는 않는다.
2. 보험계약 또는 재보험계약의 조건에 따른 책임에 관한 재판의 승인 또는 집행은, 그 계약상의 책임이 다음 사항에 관하여 피

⁴²⁷⁾ Hartley/Dogauchi(註 17), para. 220.

보험자 또는 재보험의 피보험자에게 보상하는 책임을 포함한다는 근거로 제한되거나 거부될 수 없다.

a) 이 협약에 적용되지 않는 사항, 또는

b) 제11조가 적용될 수 있는 손해배상의 인용

제17조는 보험계약 및 재보험계약이 협약이 적용되지 않는 사항을 그 내용으로 하고 있는 경우에도 협약의 적용 대상이 됨을 규정한다. 민사 혹은 상사 문제가 아닌 내용으로 보험계약을 체결했다고 하더라도 협약의 적용 대상이 된다. 또한, 예를 들어, 제2조 제2항 f호에 의해 여객 또는 물품의 운송과 관련한 계약은 협약의 적용 범위로부터 배제되지만, 관련 내용을 포함하는 보험계약을 체결한 경우에 그 보험계약은 제17조에 의해 규율되는 것이다. 실제로 입은 손해가 아닌 손해를 배상하는 것을 내용으로 하는 보험계약 또한 제17조의 적용 대상이다. 이는 제21조의 특정사항에 관한 선언에 의해 협약이 적용되지 않는 경우를 보험계약의 내용으로 했다고 하더라도 마찬가지다.⁴²⁸⁾

협약에는 보험계약이나 재보험계약에 대한 개념 정의가 없다. 어떠한 계약이 보험계약 혹은 재보험계약에 해당하느냐는, 당해 계약의 명칭이나 계약을 체결한 당사자가 누구인지에 구애되지 않고 계약의 실질에 따라 판단할 문제라고 본다. 보험 계약을 체결했다고 명명하지 않은 경우라 하더라도 실질적으로 보험 계약을 체결한 것으로 보아 제17조의 적용 대상이 되는 경우가 있을 수 있다.⁴²⁹⁾ 반면에, 보험회사와 계약을 체결했다고 하더라도 그 내용이 실질적으로 보험계약이 아니라면 동 조문의 적용 대상이 아니다.

제17조 제2항에서는 제17조 제1항에서와는 별도로 보험계약 또는 재보

428) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 221.

429) Brand/Herrup(註 2), p. 143. 특정한 종류의 대출보증계약(certain types of guarantees of loan payments)은 실질적으로 보험 계약이라 볼 수 있다고 한다. 상거래에서 발생할 수 있는, 국유화나 전쟁과 같은 정치적인 위험 사유에도 불구하고 신용장에서 일정한 대금을 지급할 것을 보증하는 경우도 실질적으로 보험 계약에 해당한다고 본다.

험계약의 조건에 따른 책임에 관한 재판의 승인 또는 집행에 관해서 규정하고 있다.

제17조 제2항 a호는 제1항과 같은 맥락에서 규정하고 있는 조문이다.⁴³⁰⁾ 즉, 보험계약의 내용이 민사 혹은 상사 문제가 아닌 경우에도, 또한 제2조에 의해 적용 대상으로부터 제외되는 것을 포함하고 있는 경우라 하더라도 재판의 승인 또는 집행의 거부사유에 해당하지 않는다는 것을 규정하는 것이다.

제17조 제2항 b호 또한 제17조 제1항과 같은 맥락에서 이해되는 조문이다. 즉 보험계약의 승인 또는 집행은 어디까지나 보험계약상의 의무이고, 이는 협약 제11조에 의해서 제한되는 것은 아니라는 점을 밝히고 있다. 당사자들이 징벌적 손해배상 기타 실제 손해 이상을 전보하는 것을 배상하는 것을 내용으로 보험계약을 체결했으면, 그 범위 내에서 협약을 적용하는 것은 무방하다고 보는 것이다.⁴³¹⁾ 제11조 제1항에서 징벌적 손해배상을 포함하여 실제로 입은 손실 또는 손해를 전보하는 것이 아닌 손해배상을 인용하는 경우, 그 범위 내에서 거부될 수 있다고 규정하는 것은 제11조 제1항은 당사자의 의사에 기하지 않은 외국 법원의 공권적인 판단에 일정한 제한을 가하는 것이기 때문이다. 반면에, 보험계약 체결 시에 당사자가 전보배상이 아닌 손해까지도 배상하기로 합의하였다면 그 의사에 따르도록 하면 될 것이다. 탈법적인 방법으로 협약의 적용 범위를 줄이고자 하는 시도는 문제가 될 수 있지만, 협약의 적용 범위를 확대하고자 하는 것은 문제되지 않기 때문이다.

제17조 제2항은 어디까지나 당사자의 ‘계약상의 책임’에 대해서 규정하는 것이며, 계약 외(non-contractual)의 책임에 대해서까지 규정하는 것은 아니다.⁴³²⁾ 즉, 보험자가 보험금 지불을 적시에 하지 않은 점과 관련

430) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 224.

431) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 226. 예서는 계약국 X에 거소를 둔 보험회사가 계약국 Y에서 거주하는 사람과 보험계약을 체결하면서 1백만 파운드의 전보배상액 외에 1백만 파운드의 징벌적 손해배상을 포함시키기로 합의한 경우를 예시로 들고 있다. 만약 보험회사가 추후 재판의 집행과정에서 징벌적 손해배상에 해당하는 1백만 파운드의 지급을 구하는 경우에는, 제11조 제1항에 의해 해당 부분의 집행을 거부할 수 없는 것으로 본다.

432) Brand/Herrup(註 2), p. 144.

해서 징벌적 손해배상을 명하는 판결을 받은 경우, 징벌적 손해배상액에 해당하는 부분의 승인 또는 집행을 구한다면 그 범위 내에서는 제11조에 의해 승인 또는 집행이 거부될 수 있다.⁴³³⁾

III. 인증불요(제18조)

제18조 인증불요

이 협약에 따라 제공되거나 인도되는 모든 서류는 아포스티유(Apostille)⁴³⁴⁾를 포함하여 인증 또는 유사한 방식요건으로부터 면제된다.

동 조문은 국제법률관계를 다루는 변호사들의 입장을 반영한 것이다. 실제로 인증 또는 이와 유사한 방식 요건을 갖추려면 시간이 많이 걸릴 뿐만 아니라 그만큼의 추가적인 비용이 든다. 그럼에도 불구하고 그러한 인증을 갖추는 것은 당해 분쟁 해결과는 크게 관계가 없는 경우가 많으므로, 불필요한 비용 부담을 없애려는 목적 하에서 제정한 조문이다.⁴³⁵⁾ 따라서 기본적으로 ‘모든’ 서류가 면제 대상인 것으로 규정하고 있다. 협약 초안 제29조 제2항에 상응하는 조문이다.⁴³⁶⁾

인증(legalisation), 그리고 유사한 방식요건(analogous formality)에 대

433) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 227.

434) 외국 공문서에 대한 인증의 요구를 폐지하는 협약. 우리나라에서는 외교부와 법무부가 아포스티유 권한기관으로 지정되어 있다. 우리나라는 2006. 10. 25. 헤이그국제사법회의의 “외국 공문서의 인증요건 폐지에 관한 협약”(Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents, 이른바 *Apostille Convention*)에 가입하였으며, 동 협약은 우리나라에서 조약 제 1854호로 2007. 7. 14. 발효한 바 있다. 동 협약은 공문서에 대한 연쇄적인 인증제도는 느리고 복잡하다는 점에서 실제 거래계의 수요를 충족하고 있지는 못하였지만 그것이 입증에 관한 법적 기능을 수행하고 있었기에, 이와 같은 절차를 폐지하면서도 그 효력을 유지하려는 것을 목표로 한다. 석광현, 헤이그국제사법회의의 「외국 공문서의 인증요건 폐지에 관한 협약」, 국제사법과 국제소송 제3권, p. 502

435) Brand/Herrup(註 2), p. 145.

436) 어떠한 인증 또는 이와 유사한 방식은 요구되지 않는다.

한 개념정의는 없다. 국내법의 해석에 맡겨둘지 협약의 독자적인 해석에 의할지는 논의의 여지가 있다고 보고 있다.⁴³⁷⁾ 특히 유사한 방식요건의 개념과 관련해서는 단순히 이를 일반적인 국제사법원칙에 의해 해석할 것인지, 다른 헤이그 협약과 관련해서 해석해야 하는지, 혹은 당해 협약의 독자적인 개념이라 보고 해석할 것인지 논의의 여지가 있다.

아포스티유(*Apostille*)가 인증에 해당하는지 아니면 유사한 방식요건에 관한 일종의 예시사항인지에 대해서는 견해대립이 있는바, 국제사법에서 일반적으로 통용되는 사용법으로서는 유사한 방식요건(*analogous formality*)의 한 예시로 본다고 한다.⁴³⁸⁾

IV. 각종의 선언 체계(*declaration system*)

1. 일반론

협약의 협상 과정에서 협약이 특정한 주제에 대해서는 너무 광범위하게 규정하고 있다는 의견, 특정한 주제를 협약의 적용 범위에 포함시키고 이에 상응하는 이익을 당사자에게 부여하자는 의견, 협약상의 전속적 재판관할합의의 개념에 부합하지 않더라도 재판의 승인 또는 집행과 관련해서는 협약의 적용을 인정하자는 의견 등이 있었다.⁴³⁹⁾ 이하에서 다루는 선언(*declaration*)과 관련된 내용들은 가장 먼저 언급한 의견을 반영한 것이다.⁴⁴⁰⁾ 선언 체계는 협약의 적용상의 유연성을 담보한다는 의미도 있지만, 협약을 부분적으로 개폐(*derogation*)하는 형태로도 이용될 가능성이 있기 때문에 엄격하게 해석해야 할 것이다.

선언 조항들(*declarations provisions*)이 고려하고 있는 것은 크게 다음의 세 가지 점들이다.⁴⁴¹⁾ (1) 오직 당사자의 이익만을 고려하여 분쟁의

437) Brand/Herrup(註 2), p. 145.

438) Brand/Herrup(註 2), p. 145.

439) Brand/Herrup(註 2), p. 145.

440) Brand/Herrup(註 2), p. 145.

해결과 관련하여 아무런 관련이 없는 법정지국을 선택한 경우 (2) 승인 또는 집행국 법원의 관점에서 볼 때 전적으로 국내적인 문제라 생각되는 경우 (3) 서로 다른 국가들은 서로 다른 가치를 존중하고 이를 반영한 법체계를 설계하는바, 이와 같은 점을 반영하는 경우를 그 주요내용으로 보고 있는 것이다.

2. 관할을 제한하는 선언(제19조)

제19조 관할을 제한하는 선언

어떤 국가든지 선택된 법원의 장소를 제외하고는 그 국가의 당사자들 또는 분쟁 간에 아무런 관련이 없는 경우 그의 법원들은 전속적 관할합의가 적용되는 분쟁을 재판하는 것을 거부할 수 있다는 선언을 할 수 있다.

실무상으로는 당사자나 사건과 아무런 관련이 없는 곳이 분쟁해결을 위한 법정으로 지정되는 경우가 있다. 양 당사자는 서로 자기에 유리한 법원을 선택하려고 하는 경향이 있는바, 중립적인 제3국을 분쟁의 해결 기관으로 삼고 그 판단에 따르려고 하기 때문이다. 몇몇 국가들은 이러한 법원 지정 합의를 환영한다.⁴⁴²⁾⁴⁴³⁾ 반면에, 몇몇 국가들은 그들의 입장에서 볼 때 이는 자신들의 사법 체계에 부당하게 과도한 부담을 가

441) Brand/Herrup(註 2), pp. 145-146.

442) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 230. 각주 267) 영국 법원은 꾸준히 이와 같이 자국 법원을 재판관할법원으로 선택하는 합의를 환영해 왔으며, 1984 뉴욕주법 또한 이를 용이하게 하기 위한 법 조항을 두고 있다. New York Civil Practice Law and Rules, Rule 327(b)와 New York General Obligation Law §5-1402

443) 특히 영국 법원은 국제상사문제에 가장 잘 대응하는 방안으로 기능하는 원리를 만들어나가고 있다는 서술이 있다. 외국에 법정지가 존재한다고 하더라도 영국 법원에서 소송을 수행하는 것이 더 적절하다고 판단한다면 영국에서의 재판 진행을 허용하며, 소송유지명령(anti-suit injunction) 제도를 인정하고, 관할 합의 위반을 대비해서 손해배상조항(indemnity clause)의 효력을 인정하는 등 유연한 대처를 하고 있다고 한다. Richard Fentiman, “International commercial litigation(2014)”, pp. 14-17.

하는 것이라고 생각하는 경향이 있다. 희소한 공적 자원인 사법 시스템을 자신들과 아무런 관련이 없는 사건에 투입할 여유가 없다는 이유에서였다. 제19조는 후자의 견해를 수용한 것이다.⁴⁴⁴⁾

동 조문은 사건 자체는 ‘국제적’(제1조 제2항)이라 볼 수 있으나, 사건이 당사자들 또는 분쟁 간에 아무런 관련이 없는 경우에는 관할이 제한됨을 규정하는 것이다. 협약은 전적으로 국내적인 문제는 협약의 적용범위에서 제외하고자 한다(제1조). 이에 대비해서 전적으로 외국적인(foreign) 요소를 갖는 사건 또한 적용 범위에서 배제할 수 있는 가능성을 열어둔 것이다. 동 조문은 사건의 성질을 제외하고는 특정 법원을 지정한 바 있고, 전속적 관할합의를 한 경우와 같은 다른 요건들이 다 구비된 경우에 적용된다. 동 조문을 통해서 협약에 가입하고자 하는 국가들이 늘어날 것으로 기대할 수는 있으나, 반면에 가입국에게 관할을 제한하는 선언을 할 수 있는 재량을 부여함으로써 선택한 법원에서의 관할권 행사의 확실한 담보라는 협약의 제정 목적에 위배되는 점도 있다.⁴⁴⁵⁾

동 조문이 한 국가 내의 모든 법원에 재량을 부여하는 취지의 선언인지, 그 중 특정한 법원에 한정해서만 재량을 부여하는 취지인지는 불분명하다. 협약의 다른 조문들도 이에 대해 규율하고 있지는 않다. 또한 제19조에서 규율하는 당사자가 명목상(*Eo nomine*)의 당사자만을 의미하는지, 이해관계가 있는 실질 당사자를 포함하는지도 불분명하다. 이는 결국 선언국의 내국법에 의해 결정할 문제이다.

협약에서 언급하고 있는 ‘관련성(connection)’ 개념은 협약 제4조에서 규정하는居所(residence) 개념보다는 광범위한 개념으로 본다. 지역적인 제한 요건을 정하고 있는 것이 아니기 때문이다. 지정국과 당사자 간에 아무런 관련이 없을 뿐만 아니라 지정국과 당해 분쟁 간에도 아무런 관련이 없을 것을 요구하는지, 혹은 지정국과 당사자 간에 아무런 관련성이 없거나 지정국과 분쟁 간에 아무런 관련성이 없는 경우를 의미하는지에 대해서는 해석상 이론의 여지가 있을 수는 있다. 당해 선언은 협약의 취지상 제한적으로 보는 것이 타당하다는 점에서 전자로 해석하는 것이

444) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 230.

445) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 229.

바람직하다고 본다.⁴⁴⁶⁾

3. 승인 또는 집행을 제한하는 선언(제20조)

제20조 승인 또는 집행을 제한하는 선언

어떤 국가든지 당사자들이 승인 또는 집행국에 거주하고 당사자들이 합의한 법원의 장소 이외에 당사자들의 관계와 분쟁에 관계된 그 밖의 모든 요소들이 승인 또는 집행국과만 관련된 경우에는 그의 법원들은 다른 계약국의 법원의 재판의 승인 또는 집행을 거부할 수 있다는 선언을 할 수 있다.

명시적인 승인 또는 집행의 거부사유가 없는 경우에는, 승인 또는 집행국 법원은 당해 사건을 자국의 국내 사건으로 판단한다고 하더라도, 협약상 외국판결의 승인 또는 집행을 구하는 것으로 볼 수 있는 경우라면 승인 또는 집행을 할 의무가 있다. 승인 또는 집행과 관련해서 제1조 제3항에서는 외국판결의 승인 또는 집행을 구하는 사건의 경우 이를 ‘국제적’이라 보고 있기 때문이다.

제20조는 승인 또는 집행국 법원으로 하여금 재판국 법원이 ‘국제적’의 의미를 판단한 것과 관련해서, 승인 또는 집행과 관련해서 제한된 범위 내의 실질 심사를 허용하는 것으로 볼 수 있다. 승인 또는 집행국 법원이 아닌 다른 국가의 ‘국내적’인 재판의 승인 또는 집행과 관련해서 적용되는 조문은 아니다.

제19조의 논의에서 본 것처럼, 동 조문을 통해 협약을 체결하고자 하는 국가를 다수 확보할 수 있게 되는 장점도 있지만, 반면에 재판의 승인 또는 집행 과정에서의 불확실성이 증대되는 면도 있다. 동 선언이 국가 내의 모든 법원에 재량을 부여하는 취지인지가 불확실하다는 점 또한 제19의 논의에서 본 바와 같다. 관련성 개념에 관한 논의 또한 마찬가지로

446) Brand/Herrup(註 2), p. 148. 에서는 프랑스어 번역문을 보면 이렇게 해석하는 것이 더 자연스럽다고 보고 있다.

다.

이와 같은 선언을 하지 않으면 순수한 국내사건이라 하더라도 승인을 거부할 수 없는바, 우리나라가 협약에 가입한다면 제20조상의 선언을 할 필요가 있다.⁴⁴⁷⁾

4. 특정사항에 관한 선언(제21조)

제21조 특정사항에 관한 선언

1. 어떤 국가가 이 협약을 특정사항에 적용하지 않는 데 대하여 강한 이익을 가지는 경우, 그 국가는 협약을 그 사항에 적용하지 않겠다는 선언을 할 수 있다. 그러한 선언을 하는 국가는 선언이 필요 이상으로 광범위하지 않도록 하고, 그렇게 배제되는 특정사항이 명확하고 정확하게 정의될 수 있도록 보장하여야 한다.

제19조 및 제20조는 ‘국제적’이라는 개념의 해석 및 적용과 관련된 선언이었다면, 제21조는 제2조에서 규정하는 협약의 예외 범위를 확장하기 위한 선언이다. 제21조의 선언을 통해 협약에 가입하는 국가들이 많아질 것을 기대할 수 있는 반면, 협약의 실효성 보장이라는 면에서는 문제가 있을 수 있다. 특히 개별 국가들이 서로 다른 내용의 선언을 하는 경우에는 협약의 운용 면에서 어려움이 발생한다. 따라서 제21조 제1항 2문에서는 이러한 선언의 한계를 설정하고 있다. 또한 헤이그 국제사법회의

447) 석광현(註 1), 219면. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 233. 에서는 다음과 같은 사례를 들고 있다 - 당사자들은 체약국 A국에 거주하고 다른 관련 요소들도 A국과만 관련이 있는 경우가 있다. 당사자들이 체약국인 B국 법원이 전속관할을 갖는 것으로 합의를 한 경우, 관할과 관련해서는, 당사자가 A국 법원에서 소를 제기하더라도, 제6조에 따라 A국 법원이 각하할 의무가 없다. 제1조 제2항에 따르면 사건이 국제적인 것이 아니기 때문이다. 그러나 B국 법원에서 재판절차가 진행되었고 당사자들이 A국에 판결의 승인 또는 집행을 요청하는 경우에는 A국은 제8조에 의한 판결의 승인 또는 집행을 의무가 있다. 이 경우는 협약 제1조 제3항의 ‘국제적’인 사건으로 볼 수 있기 때문이다. 만약 제20조의 선언을 이용한다면 이 경우에는 판결의 승인 또는 집행을 의무는 존재하지 않는다.

의 사무총장으로 하여금 정기적인 조치를 취할 것을 요구하고 있다(제24조 a호).⁴⁴⁸⁾

동 조문이 적용되려면, 우선 (1) ‘특정 사항(specific matter)’에 관한 것이어야 한다. 제2조 제2항의 배제사유는 ‘특정’이라는 개념을 사용하고 있지 않은바, 이에 대비해 본다면 제21조의 선언이 남용될 우려 하에서 제2조에서보다 더 구체적인 개념을 사용한 것이다. 또한 (2) 협약을 적용하지 않는 데 대하여 ‘강한 이익’이 있어야 한다. 협약상으로는 강한 이익이 어느 정도를 의미하는지에 대해서 규정하고 있지 않으나, 제21조는 어디까지나 예외사유이며, 선언국의 일방적인 의사에 의해 실질적으로 협약을 수정하는 결과를 가져오므로, 엄격하게 해석해야 한다고 본다. (3) 선언의 범위는 ‘필요’한 범위 내로 한정되며, 특정 사항은 ‘명확하고 정확하게’ 정의될 수 있도록 보장하여야 한다. ‘필요’와 ‘명확하고 정확하게’에 대한 협약상의 개념 정의는 존재하지 않으나, (2)에와 마찬가지로 엄격하게 해석하여야 한다고 할 것이다.

제21조의 선언은 수탁자⁴⁴⁹⁾에게 통지되며(제32조 제2항), 해당 선언은 타 국가들에 통보된다(제34조). 따라서 그 과정에서 당해 국가가 한 선언의 내용을 알 수 있다. 또한 제21조에 따른 선언은 그 발효 전에 체결된 전속적 관할합의에는 적용되지 않으므로(제32조 제5항), 당사자들에게는 법적 안정성(legal security)이 보장된다.⁴⁵⁰⁾ 당사자가 체결한 계약이 언제 당해 선언에 의해 협약의 적용 범위로부터 배제될 것인지를 예측할 수 있기 때문이다.

2. 그 사항에 관하여는, 이 협약은 다음의 경우 적용되지 않는다.

a) 그러한 선언을 한 계약국 내에서

448) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 239. Review meeting이나 혹은 그 준비단계인 General Affairs and Policy of the Conference에서 심사를 할 것을 요구하고 있다.

449) 네덜란드 외무부(The Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands)이다.

450) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 237. www.hcch.net 에서 선언을 한 부분에 관한 내용을 알 수 있다.

b) 전속적 관할합의가 그러한 선언을 한 국가의 법원들, 또는 하나 또는 그 이상의 특정한 법원들을 지정하는 경우 다른 계약국 내에서.

계약국 중 일방이 특정 사항을 협약의 적용 범위 내에서 배제한다는 선언을 하면, 선언국과 전속적 재판관할합의를 한 다른 모든 계약국들도 특정 사항에 한해서는 협약의 적용을 받지 않는다. 선언국은 자신만이 협약의 적용범위로부터 제외되는 이익을 누리면서, 다른 계약국들에 대해서 이익을 누리지 못하도록 할 수 없다.⁴⁵¹⁾ 설령 선언국 법원을 전속적 재판관할합의 법원으로 지정한 경우라도 협약의 적용으로부터 배제된다고 본다.⁴⁵²⁾ 따라서 외국 재판의 판결의 승인 또는 집행을 구하는 경우에, 승인 또는 집행국 법원은 해당 재판이 제21조의 선언과 관련이 있는 것이 아닌지를 심사해야 한다.

5. 비전속적 관할합의에 관한 상호적 선언(제22조)

제22조 비전속적 관할합의에 관한 상호적 선언

1. 계약국의 법원들은 둘 이상의 당사자들이 체결하고 제3조 c)호의 요건을 구비하며, 특정한 법률관계와 관련하여 발생하였거나 발생할 수 있는 분쟁을 재판할 목적으로 하나 이상의 계약국의 법원 또는 법원들을 지정하는 관할합의(비전속적 관할합의)에서 지정된 다른 계약국의 법원들이 선고한 재판을 승인하고 집행할 것이라고 선언할 수 있다.
2. 그러한 선언들을 한 계약국에서 선고된 재판의 승인 또는 집행을 그러한 선언을 한 다른 계약국에서 구하는 경우, 만일 다음의 요건이 구비된다면 그 재판은 이 협약에 따라 승인되고

⁴⁵¹⁾ Hartley/Dogauchi(註 17), para. 238. 상호성(Reciprocity)을 규정한 것으로 본다.

⁴⁵²⁾ Brand/Herrup(註 2), p. 152.

집행된다.

- a) 재판법원이 비전속적 관할합의에서 지정되었고
- b) 그 비전속적 관할합의에 따라 소송이 제기될 수 있는 다른 법원이 선고한 재판이 존재하지 않고, 그리고 동일 당사자 간에 동일 청구원인에 기하여 그러한 다른 법원에 계속 중인 소송절차가 존재하지 않고 또한
- c) 재판법원이 최초로 소송이 계속된 법원이었을 것.

가. 동 조문의 입법취지

협약은 기본적으로 제3조의 전속적 재판관할합의만을 그 적용대상으로 삼는다. 그러나, 협약 제3조의 규정에 해당하지 않는 관할합의들이 현실적으로 많이 사용되고 있는바⁴⁵³⁾, 이와 같은 합의를 협약의 규율 대상에서 제외한다면, 협약의 실질적인 이용가능성이 제한된다. 제22조는 비전속적 관할합의를 협약의 적용범위 내로 포섭하는 역할을 담당한다. 제22조 제1항은 선언의 내용, 제2항은 선언을 한 계약국 내에서 승인 또는 집행이 행해질 수 있는 요건을 규정한다.

협약의 적용 범위를 비전속적 관할합의까지 확대하는 경우, 서로 다른 국가에서 병행 소송이 행해진다면 재판의 결론이 달리 나올 가능성이 있다는 우려 또한 협약 초안을 작성하는 과정에서 제기된 바 있다. 제22조 제2항은 이와 같은 상황을 염두에 두고 규정하고 있는 조문이다. 동 조문은 예비초안에는 없던 조문이다.

나. 비전속적 관할합의의 개념(제22조 제1항)

제22조의 선언은 협약 제3장의 재판의 승인 또는 집행과 관련해서 적용된다. 협약 제2장의 재판관할과 관련해서 적용되는 조문은 아니다. 해

⁴⁵³⁾ Hartley/Dogauchi(註 17), para. 240. 특히 국제 은행 업무(international banking)와 관련해서는 비전속적 재판관할합의를 하는 것이 일반적이라고 한다.

당 선언은 전속적 관할합의에 기한 재판의 승인 또는 집행에 대해서 규정하고 있는 제8조 제1항의 요건을 실질적으로 완화하는 역할(특히 제22조 제2항)을 담당한다.

비전속적 관할합의에 대해서는 협약 제22조 제1항에서 규정하고 있다. 비전속적 관할합의는 특정한 법률관계와 관련하여 발생하였거나 발생할 수 있는 분쟁을 재판할 목적으로 하나 이상의 체약국의 법원 또는 법원들을 지정하는 관할합의를 의미한다. 제3조와 대비해보면, 다른 모든 법원들의 관할을 배제한다는 내용만 삭제되어 있다. 따라서 제22조의 선언에 의해 협약이 적용될 경우, 협약에서 전속적 관할합의에 대해서 규율하고 있는 것과 동일한 법적 규율을 받는다.⁴⁵⁴⁾

비전속적 관할합의의 종류로는 우선, 아무런 제한이 없는 비전속적 관할합의가 있을 수 있다. 예를 들어 체약국 X의 법원에 관할권이 있으나 기타 국가의 법원이 그 법원이 속한 국가의 법에 의해 관할권을 가진다면 그 경우에도 관할을 인정하는 경우이다. 또한 오직 체약국 X의 법원 또는 Y의 법원의 관할권만을 인정하는 제한 조건이 부가되는 경우도 있다. 일방 당사자는 오직 선택된 법원에서만 소제기가 가능하고, 타방 당사자는 다른 법원에도 소제기가 가능한 비대칭적 관할합의의 경우는 제3조의 전속적 관할합의의 요건에 해당하지 않으므로, 비전속적 관할합의로 다루어진다.⁴⁵⁵⁾

454) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 243. 따라서 제2조에 의해 협약의 적용범위로부터 제외되는 내용이 있을 수 있으며, 제21조에 의해 특정 사항을 협약의 적용 범위에서 배제하는 것도 가능하다.

455) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 246-249. 다만 비대칭적 관할합의의 경우 - 예를 들어 소비대차계약을 체결하면서 차주가 대주를 상대로 소를 제기하는 경우에는 체약국 X국의 법원에만 소를 제기해야 하지만 반대의 경우에는 X국 법원이나 혹은 해당 국가의 국내법에 의해 관할이 인정되는 경우를 상정해 볼 수 있다. X국 법원이 내린 판결을 다른 체약국에서 집행하고자 하는 경우에는, 만약 대주가 차주를 상대로 판결의 승인 또는 집행을 구하는 경우에, 이미 다른 법원에 소가 제기되었고 또 제22조의 요건이 구비되었다면 제22조 b호에 의해 협약에 따른 재판의 승인 또는 집행은 제한된다. 반대로 차주가 대주를 상대로 소를 제기하는 경우는 제22조와 관련이 있는 것이 아니라 제9조 e호와 관련이 있는 것으로 볼 수 있을 것이다. para. 250.

다. 동 조문에 의한 승인 또는 집행의 요건(제22조 제2항)

제22조에 근거한 재판의 승인 또는 집행은 기본적으로 상호성(reciprocity) 원칙에 의해 제한된다. 즉, 재판국 법원과 선언국 법원이 모두 제22조의 선언을 한 경우여야 한다. 같은 맥락에서, 상호 선언을 한 계약국 내의 법원이 아닌 다른 법원으로 비전속적 관할합의를 한 경우까지 재판의 승인 또는 집행을 보장하고 있는 것은 아니다.

동 조문의 적용을 위한 요건은 다음과 같다.

(1) 재판법원이 비전속적 관할합의에 의해 지정되었을 것(제22조 제2항 a호)

‘지정’의 의미에 대해서 협약에서 별도로 규율하는 바는 없으나, 실제로 사건의 심리가 가능한 법원을 명시하는 것으로 해석할 것이다. 비대칭적 관할합의(asymmetric agreement)에 의한 지정 또한 당해 조문에서 의미하는 ‘지정’에 포함된다.⁴⁵⁶⁾

(2) 비전속적 관할합의에 따라 소송이 제기될 수 있는 다른 법원이 선고한 재판이 존재하지 않을 것(제22조 제2항 b호 전단)

동 조문은 제9조 f호에서 재판의 승인 또는 집행의 거부 사유에 대해서 규정하는 것처럼 양립하지 않는 경우를 규정하는 것은 아니다. 단지 선행재판이 존재하는 경우라면 동 조항이 적용될 수 있다.

(3) 동일 당사자 간에 동일 청구원인에 기하여 그러한 다른 법원에 계속 중인 소송절차가 존재하지 않을 것(제22조 제2항 b호 후단)

456) Brand/Herrup(註 2), p. 156.에서는 소비대차계약을 체결하면서 차주는 대주를 상대로 X국 법원에서만 소 제기가 가능하지만 대주는 차주를 상대로 X국 법원 외에 차주의 거소의 법원에 소를 제기할 수 있다고 규정하는 경우를 들고 있다. 대주가 차주를 상대로 차주가 현재 Y국에 거주함을 이유로 Y국 법원에 소를 제기하는 경우, Y국 법원은 지정된 법원으로 볼 수 있다고 한다.

동 조문은 제9조 g호와 대비해 볼 때, 승인 또는 집행국에서 선행 재판이 승인을 위한 요건을 충족하는 것을 조건으로 할 것이라는 규정을 두고 있지는 않다.

조문의 ‘동일 당사자’와 ‘동일 청구원인’의 해석은 승인 또는 집행국 법원의 국내법에 맡겨진 문제로 본다.⁴⁵⁷⁾ 가령 각종 대위(subrogation) 사례에서 대위자를 실질적으로 당사자와 동일한 것으로 볼 수 있는지 아니면 제3자로 봐야 하는지 문제되는 경우가 있을 수 있다. 이런 맥락에서 본다면 ‘당사자’는 소송의 당사자를 의미하는 것이지 반드시 재판관할합의의 당사자를 의미하는 것은 아니라고 본다.

(4) 재판법원이 최초로 소송 계속(court first seised)된 법원이었을 것(제22조 제2항 c호)

어느 시점을 최초로 소송계속이 된 시점으로 볼 수 있는가에 관해서, 협약에서 별도로 규정하고 있지는 않다. 실제로 소가 제기된 때, 소장부분이 송달된 때 등 견해 대립이 있다.⁴⁵⁸⁾ 또한 동 조문은 어떤 경우를 소송이 계속된 법원으로 볼 것인지에 대해서도 별도로 규율하지 않는다. 보통법상으로는 소송이 계속된 법원은 청구원인(cause of action)이 주장된(asserted) 법원으로 본다. 재판법원이 최초로 소가 제기된 법원은 아니지만, 먼저 소가 제기된 다른 법원에서 부적절한 법정지의 법리에 의

457) Brand/Herrup(註 2), p. 157.

458) Brand/Herrup(註 2), p. 157. 에서는 승인 또는 집행국의 국내법에 의할 것이라고 서술하고 있다. 독일 민사소송법 제261조 제2항에서는 소장부분이 피고에게 송달되는 때에 소송계속이 생기는 것으로 명백히 하고 있다. 반면, 우리나라의 경우에는 별도로 조문이 없다는 점에서 해석상 문제될 여지는 있다. 소송계속시점을 소제기시를 기준으로 보는 견해도 있으나, 피고에게 소장 부분이 현실적으로 송달됨으로써 절차가 법원, 원고, 피고 사이에 3면적 법률관계로 발생한다는 점을 고려하면 소송계속의 발생시기는 소장부분송달시로 보아야 할 것이다. 대법원 1994. 11. 25. 선고 94다 12517판결에서도 “진소와 후소의 판별기준은 소송계속의 발생시기 즉 소장이 피고에게 송달된 때의 선후에 의할 것이며, 비록 소제기에 앞서 가압류, 가처분 등의 보전절차가 선행되어 있다 하더라도 이를 기준으로 가릴 것은 아니다”고 본 바 있다.

해 소가 각하된 경우에도 동 조문의 적용은 가능하다고 본다.

라. 제16조와의 관계

제16조의 경과규정은 해당 조문은 전속적 관할합의에만 적용되는 것으로 규정하고 있다. 실제로 재판관할합의가 전속적 관할합의의 요건을 모두 갖춘 경우라고 하더라도, 협약 체결일 전에 합의를 한 경우에는 제3조에서 규정하는 전속적 관할합의 개념에 포함된다고 볼 수 없으며, 따라서 협약 제2장상의 재판관할과 관련된 조문이 적용되지 않는다. 그러나 협약 발효일 후 제22조의 선언을 한 국가들 사이에서는 동 조항에 의해 당해 재판관할합의를 협약의 적용 대상으로 포섭할 수 있게 된다.⁴⁵⁹⁾

V. 협약의 통일적 해석(제23조)

제23조 통일적 해석

이 협약의 해석에는 그 국제적 성격 및 적용상의 통일을 증진할 필요성을 고려하여야 한다.

협약의 해석은 많은 경우 내국 법원의 판단에 맡겨져 있다. 협약을 통일적으로 규율하기 위한 국제 법정이 존재하지 않기 때문에, 내국 법원이 자국의 입장만을 고려하여 협약을 해석하는 경우에는 협약을 통해 달성하고자 하는, 통일적인 협약 적용을 통한 예측가능성의 보장이라는 목표에 부합하지 않을 수 있다. 특정 국가에서는 자명하다고 여겨지는 법원리가 다른 국가에서는 받아들여지지 않을 수 있기 때문이다. 따라서 예비초안 제38조 제1항에서부터, 이와 같은 취지의 규정은 줄곧 있어왔다.

동 조문은 단순히 선언적인 효력을 가진 것은 아니지만, 통일적인 해석을 하려면 어떠한 점을 고려해야 하는지에 대해서 구체적으로 언급하

⁴⁵⁹⁾ Brand/Herrup(註 2), p. 159.

고 있는 것은 아니다. 협약은 그 자체 독자적인 용어 및 규칙을 사용하기도, 다른 헤이그 협약과 공통적인 용어와 규칙을 사용하기도, 다른 국제사법조약⁴⁶⁰⁾들과 공통적인 용어와 규칙을 사용하기도 한다. 국제공법 또한 협약의 해석 기준이 될 수 있다.⁴⁶¹⁾ 그럼에도 불구하고 국내법은 협약의 해석 및 적용에 있어서 중요한 역할을 담당한다. 협약 곳곳에서 국내법의 규정에 의할 것을 요구하는 조문이 있고, 또 협약 해석상 그렇게 봐야 할 여지가 있는 경우가 있기 때문이다.

VI. 협약의 운용의 검토(제24조)

제24조 협약의 운용의 검토

헤이그 국제사법회의의 사무총장은 정기적으로 다음을 위한 조치를 취하여야 한다.

- a) 모든 선언을 포함한 이 협약의 운용의 검토 및
- b) 이 협약에 대한 어떤 수정이 바람직한지의 고려

공식적인 협약의 심사 및 개정을 고려하는 것은 헤이그국제사법회의이며, 사무총장이 그 주도적인 역할을 담당한다. 특히 모든 선언을 정기적으로 검토할 것을 요구하고 있다는 점에서 의의가 있다.

VII. 불통일법체계(제25조)

1. 일반론

협약 하에서 각 체약국들의 관계는 법적으로 동등하다. 그러나 각 국

460) 협약 제23조는 CISG(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) 제7조 제1항에 상응하는 조문이다. 해당 조문에서는 ‘이 협약의 해석에는 그 국제적 성격 및 적용상의 통일과 국제거래상의 신의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다’고 규정하고 있다.

461) Brand/Herrup(註 2), p. 160.

가의 통치구조는 국가별로 상이하며, 한 국가 내에서 서로 다른 법체계를 적용하는 국가들이 있다. 실제로 협약을 적용함에 있어서 국가가 아닌 국가 내 영토적 단위와의 법률관계를 검토해야 하는 경우가 있을 수 있다. 협약 제25조는 이를 규율하기 위한 규정이다. 즉, 국가(State)라는 개념이 전체로서의 국가를 의미하는지 혹은 국가 내의 한 영역을 의미하는지 해석상의 문제가 있을 수 있다는 우려 하에 둔 조문이다.⁴⁶²⁾ 협약은 불통일법체계 내의 영토적 단위에 적용되는 규정을 별도로 규정하지 않고, 협약상의 다른 조문들을 차용해서 사용하는 형태를 취하고 있다.

제25조 불통일법체계

1. 이 협약에서 다루어지는 사항에 관하여 상이한 영토적 단위에서 둘 이상의 법체계가 적용되는 계약국에 관하여는
 - a) 어느 국가의 법 또는 절차에 관한 언급은, 적절한 경우 당해 영토적 단위에서 효력을 가지는 법 또는 절차에 대한 언급으로 해석되고,
 - b) 어느 국가 내의 거소에 관한 모든 언급은, 적절한 경우 당해 영토적 단위 내의 거소에 대한 언급으로 해석되고,
 - c) 어느 국가의 법원 또는 법원들에 관한 모든 언급은, 적절한 경우 당해 영토적 단위 내의 법원 또는 법원들에 대한 언급으로 해석되고,
 - d) 어느 국가와의 관련에 대한 모든 언급은, 적절한 경우 당해 영토적 단위와의 관련에 대한 언급으로 해석된다.

2. 각종 언급의 영토적 단위 내의 적용

가. 국가의 법 또는 절차에 관한 모든 언급

제5조, 제6조 a호, 제6조 b호, 제9조 a호, 제9조 b호, 제9조 d호, 제10

⁴⁶²⁾ Hartley/Dogauchi(註 17), para. 258.

조 제3항 a호, 제13조 d호, 제14조 등에서 국가의 법 또는 절차에 관한 언급을 하고 있다. 법문상으로는 ‘적절한 경우’의 판단에 대한 기준이 없다. 이는 협약을 적용하는 과정에서 법원이 판단할 문제라 본다.

나. 당해 국가 내의 거소에 대한 언급

제1조 제2항, 제4조 제2항, 제20조, 제26조 제2항 및 제3항 등에서 거소 개념을 언급하고 있다. 역시 ‘적절한 경우’의 판단은 개별적으로 협약을 적용하는 과정에서 법원이 결정할 문제라 본다.

다. 당해 국가 내의 법원 또는 법원들에 대한 언급

제1조 제2항, 제3조 a호, 제3조 b호, 제5조 제1항, 제8조 제1항, 제9조 a호, 제12조, 제22조 제1항 등에서 관련 내용들이 언급된다.

라. 국가와의 관련에 대한 언급

제1조 제2항, 제19조, 제20조에서 등에서 언급되고 있다.

2. 전항에도 불구하고, 상이한 법체계가 적용되는 둘 이상의 영토적 단위를 가지는 어떤 계약국은, 단지 그러한 영토적 단위들만에 관계된 상황에는 이 협약을 적용할 의무를 지지 않는다.
--

제25조 제2항은 전적으로 국내적인 문제(wholly domestic)와 관련해서는 협약이 적용되지 않는다는 점을 규정하고 있는 조문이다.⁴⁶³⁾ 가령 당사자가 잉글랜드 법원을 재판관할합의법원으로 지정했고, 소송에서 문제가 된 쟁점이 전적으로 영국 내부의 문제인 경우, 당사자 중 일방이 스코틀랜드 거주자라는 이유로 협약을 적용할 의무가 없다는 것을 의미한

⁴⁶³⁾ Hartley/Dogauchi(註 17), para. 261.

다.⁴⁶⁴⁾ ‘상황(situation)’이나 ‘관계된(involved)’이라는 용어는 각각 사건(case)이나 관련 있는(connection)이라는 개념보다는 광의인 것으로 본다.

3. 상이한 법체계가 적용되는 둘 이상의 영토적 단위를 가지는 어떤 계약국의 어떤 영토적 단위 내의 법원은 단지 그 재판이 동일한 계약국의 다른 영토적 단위에서 이 협약에 따라 승인 되었다거나 또는 집행되었다는 이유만으로 다른 계약국의 법원의 판결을 승인하거나 또는 집행할 의무를 지지 않는다.

제25조 제3항은 불통일법체계의 내부 관계를 조율하는 조문이다. 가령 프랑스 법원에서 선고된 재판이 불통일법체계인 미국 내 빅토리아 주에서 승인 또는 집행되었다는 이유만으로 뉴욕주에서 당해 재판을 승인 또는 집행할 의무가 발생하지는 않는다. 다만 동 조문의 적용과는 별개로 충분한 신뢰와 신용(full faith and credit)의 원칙⁴⁶⁵⁾의 적용이 배제되지는 않는다고 보고 있다.⁴⁶⁶⁾

4. 이 조는 지역경제통합기구에는 적용되지 아니한다.

제25조 제4항은 명시적으로 제25조가 지역경제통합기구(REIO)에는 적용되지 않음을 규정한다. 지역경제통합기구에 대한 내용은 제29조에서 별도로 규율하고 있기 때문이다.

464) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 262.

465) 각 주는 다른 주의 일반 법령/기록/재판 절차를 승인하고 따라야 한다는 미합중국 헌법이 규정하는 의무. 미국 헌법 제4조 제1절에서는 각 주 정부는 다른 주 정부의 법령, 기록 및 사법 절차에 대하여 충분한 신뢰와 신용을 가져야 한다. 연방 의회는 이러한 법령, 기록 및 사법 절차를 증명하는 방법과 그것들이 발휘하는 효력을 일반 법률로써 규정할 수 있다고 규정하고 있다.

466) Brand/Herrup(註 2), p. 165.

VIII. 다른 국제문서와의 관계(제26조)

1. 일반적인 내용⁴⁶⁷⁾

재판관할 혹은 재판의 승인 또는 집행과 관련해서 이 협약 외의 다른 협약, 혹은 다른 국제조약이 같이 적용되는 경우가 있을 수 있다. 이 경우 협약을 적용한 결과와 다른 결론이 나올 수 있는바, 그러한 문제를 해결하기 위해서 둔 조항이다.⁴⁶⁸⁾ 제26조 제1항 내지 제5항은 다른 협약이나 국제조약과의 관계를, 제6항은 협약과 지역경제통합기구와의 관계를 다루는 것이다. 동 조문이 적용되려면 (1) 실질적으로 두 조항의 적용 결과가 구체적인 상황에서 서로 다른 결론을 도출할 수 있는 경우일 것을 요구한다. 즉 해석에 의해 양립불가능성이 해소되는 경우라면 문제될 여지가 없다.⁴⁶⁹⁾ 또한 (2) 소가 계속된 법원이 이 협약 외의 다른 협약, 혹은 국제조약의 당사국일 것을 요한다.⁴⁷⁰⁾

2. 양립가능한 해석의 원칙(제26조 제1항)

제26조 다른 국제문서와의 관계

1. 이 협약은 이 협약의 전 또는 후에 체결되었건 간에 체결국에 대하여 효력이 있는 다른 조약들과 가능한 한 양립할 수 있도록 해석되어야 한다.

협약 외에 다른 국제 조약을 체결하는 경우에는 각 조약들을 해석하는 과정에서 불일치 문제가 발생할 가능성이 있다. 따라서 가급적이면 양립

467) Brand/Herrup(註 2), p. 166. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 265. 브뤼셀 협약, 루가노 협약, 브뤼셀 I 규정, 브뤼셀 I bis 등이 그 예시이다.

468) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 267. 비엔나협약(The Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969) 제30조와 제41조에서도 국제공법에 관해서 이와 유사한 조문을 두고 있다.

469) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 267.

470) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 268.

가능한 해석을 할 것이 요청되는바, 동 조문은 이와 관련된 내용을 정하고 있는 것이다. 이러한 협약 해석의 원칙은 협약 외의 다른 국제 조약을 해석함에 있어서도 마찬가지로 보아야 한다. 조약의 체결일 전후는 불문한다.

3. 모든 당사자들이 다른 조약의 당사자국인 국가에 거주하는 경우 (제26조 제2항)

2. 이 협약은 당사자들 중 어느 누구도 그 조약의 당사자가 아닌 체약국에 거주하지 않는 경우에는 이 협약의 전 또는 후에 체결되었건 간에 체약국이 그 조약을 적용하는 데 영향을 미치지 아니한다.

분쟁과 관련된 모든 당사자들이 다른 조약의 당사국인 국가에 거주하는 경우, 다른 조약의 규정이 협약에 우선해서 적용된다.⁴⁷¹⁾ 반대로, 만약 다른 조약의 체결 당사국이 아닌 국가에 거소를 둔 당사자들 중 한 당사자라도 체약국 내에 거소를 두고 있는 경우에는 동 협약이 적용된다.⁴⁷²⁾ 당사자와 관련된 어느 국가들도 합리적인 이해관계가 없으면, 협

471) 루가노 협약은 국제적 소송경합(*Lis Pendens*)의 법리를 채택하고 있다는 점에서 동 원칙을 배제하고 있는 헤이그 협약과 충돌하는 문제가 발생할 수 있다. 예를 들어, 노르웨이에 거소를 둔 회사가 스위스에 거소를 둔 회사(양 당사국은 모두 루가노 협약 및 헤이그 재판관할합의협약의 가입국이다)와 계약을 체결하는 사례를 들 수 있다. 계약은 스위스 법원을 재판관할합의법원으로 선택하는 조항을 포함했다. 노르웨이 회사가 스위스 회사를 상대로 노르웨이 법원에서 소를 제기했고, 그 후 스위스 회사는 노르웨이 회사를 상대로 스위스에서 소를 제기하는 경우 제26조 제2항에 의해 루가노 협약이 협약에 우선해서 적용된다. 따라서 스위스 법원은 노르웨이 법원이 스스로 관할권이 없다는 판단을 내리기 전까진 별도로 절차를 진행할 수 없다. Hartley/Dogauchi(註 17), para. 277.

472) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 278.에서는 다음과 같은 사례를 들고 있다. 싱가포르에 거소를 둔 회사가 노르웨이에 거소를 둔 회사와 계약을 체결했다. 당해 계약은 스위스 법원을 재판관할합의법원으로 선택하는 내용을 포함했다. 노르웨이 회사가 싱가포르 회사를 상대로 먼저 노르웨이 법원에서 소 제기했다. 이후 싱가포르 회사가 노르웨이 회사를 스위스 법원에서 소를 제기했다. 이 경우 양국 법원에서는 관할권이 있는 법원이 어디인지 판단해야 한다. 싱가포르 회사는 헤

약 또는 조약을 적용할 수는 없음을 규정한 조항이다. 합리적인 이해관계(interest)는 특정한 사건에서의 합리적인 기대(reasonable expectation)를 의미하는 것이며, 국내법의 해석에 의할 것은 아니라고 본다.⁴⁷³⁾ 국가가 사건과 관련해서 ‘이해관계’를 가지는지 여부를 판단함에 있어서, 협약에서는 당사자 중 한 명이 그 영역 내에 거주하는 경우 이해관계를 가지는 것으로 본다. 또한 당사자의 거소가 복수 있는 경우 그 중 한 거소만이 영역 내에 있는 경우에도 이해관계가 있는 것으로 본다.⁴⁷⁴⁾

4. 비체약국과 먼저 체결한 다른 조약과의 관계(제26조 제3항)

3. 이 협약은 이 협약을 적용하는 것이 그 체약국의 다른 비체약국에 대한 의무와 양립하지 않는 경우에는 이 협약이 어느 체약국에 대하여 발효하기 전에 그 체약국이 체결한 조약을 적용하는데 영향을 받지 아니한다. 이 항은 이 협약이 그 체약국에 대하여 발효하기 전에 그 체약국이 체결한 조약을 개정하거나 대체하는 조약에도 또한 적용된다. 다만, 그 개정 또는 대체가 이 협약과 새로운 불일치를 창설하는 경우는 제외한다.

제26조 제3항은 협약 체결국의 확대를 위해 둔 조문이다. 동 조문이 없었다면 실제로 몇몇 국가들은 이미 체결한 다른 조약과의 양립불가능성을 이유로 협약에 가입하는 것 자체가 어려울 수 있다.⁴⁷⁵⁾ 일종의 국

이그 협약의 당사국인 싱가포르에 거소를 두고 있으나 루가노 협약의 당사국이 아니므로, 제26조 제2항에 의해 헤이그 협약이 우선해서 적용된다. 따라서 스위스 법원은 제5조에 의해 관할이 인정되며(제5조 제1항) 노르웨이 법원에서 재판되어야 한다는 근거로 관할권을 행사하는 것을 거부할 수 없다(제5조 제2항)

473) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 273. 각주 307)

474) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 274. 단체 또는 자연인 이외의 사람은 복수의 거소를 가질 수 있는바(제4조 제2항), 복수의 거소 중 하나만이라도 협약의 체약국 내에 존재하는 경우는 동 조문을 적용할 수 있다. 만약 특정 기업이 체약국이고 중복 적용되는 다른 조약의 가입국이 아니라면, 해당 기업은 “조약의 당사국이 아닌 체약국에 거주하는 자”이며 따라서 협약이 적용되게 된다.

475) Brand/Herrup(註 2), p. 169. 가능한 한 양립가능한 해석을 할 수 있으면 좋겠

제 조부(祖父) 조항(International Grandfather Clause)⁴⁷⁶⁾의 한 형태라 볼 수 있다.

동조 제2항과는 다르게 ‘이해관계’를 요구하는 것은 아니다. 다른 조약의 체결일⁴⁷⁷⁾과 협약의 발효일이라는 시간을 기준으로 적용의 우선순위를 정하고 있는 것이다. 협약이 발효하기 전에 체결된 조약이 개정되거나 대체되는 경우에도 그 조약에 우선순위를 부여한다. 반면에, 조약의 개정 또는 대체가 원래 예정하고 있던 불일치가 아니라 ‘새로운’ 불일치를 창설하는 경우에는 협약이 우선해서 적용된다. 이는 결국 조약 및 협약의 해석 문제에 달려 있다고 할 것이다.

5. 재판의 승인 또는 집행 과정에서 발생하는 다른 조약과의 순위 충돌 해결(제26조 제4항)

4. 이 협약은 이 협약의 전 또는 후에 체결되었건 간에 그 조약의 당사자이기도 한 체약국의 법원이 선고한 재판의 승인 또는 집행을 구하는 목적상 어느 체약국이 조약을 적용하는데 영향을 미치지 아니한다. 그러나 그 재판은 이 협약에 따른 것보다 작은 범위 내에서 승인되거나 집행되어서는 아니된다.

동 규정은 당사국인 체약국이 모두 다른 조약의 당사국이기도 한 경우

지만(제26조 제1항), 해석의 범위를 넘어서는 경우가 있다. 국가 A와 국가 B가 재판관할 및 재판의 승인 또는 집행과 관련하여 협약 가입 전에 선행 조약을 체결하는 경우를 상정해 볼 수 있다. 이후 A국은 협약의 당사국이 되었으나 B국은 가입하지 않은 경우, 협약의 규정을 적용하면 당해 조약과 어긋나는 결과가, 당해 조약을 적용하면 협약의 규정과 어긋나는 결과가 나오는 경우가 있을 수 있다. 이 경우 해결 지침이 존재하지 않는다면 더 많은 국가들을 협약의 당사국으로 하는 것에 어려움이 있을 수 있다.

476) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 274.

477) Brand/Herrup(註 2), para 283 각주 316)에 따르면 양자 조약은 일반적으로 서명을 한 시점을 조약의 체결 시점으로 보고 있으며, 다자 조약은 일반적으로 최종 조항(Final Act)에 서명을 하거나 혹은 추후 서명을 위하여 개방된 때(opened for signature)를 조약의 체결 시점으로 보고 있다.

에 적용되는 조문이다. 조약의 내용은 재판의 승인 또는 집행과 관련 있는 것임을 요한다. 재판의 승인 또는 집행을 촉진하며 또한 협약의 실효성을 강화하려는 목적에서 도입된 조문인바, 조약 체결시점의 선후를 불문하고 협약에 따른 것보다 작은 범위 내에서의 승인 또는 집행은 금지됨을 규정하고 있다.

6. 특정 사항(specific matter)에 관한 선언과 다른 조약과의 관계 (제26조 제5항)

5. 이 협약은 비록 그 조약이 이 협약의 후에 체결되었고 또한 모든 관계된 국가들이 이 협약의 당사자일지라도 체약국이 특정한 사항에 관하여 재판관할 또는 재판의 승인 또는 집행을 규율하는 조약을 적용하는데 영향을 미치지 아니한다. 이 항은 체약국이 이 항에 따라 조약에 관한 선언을 한 경우에만 적용된다. 그러한 선언의 경우 전속적 관할합의가 그러한 선언을 한 체약국의 법원들 또는 하나 또는 둘 이상의 특정한 법원들을 지정하는 때에는 다른 체약국들은 충돌되는 범위 내에서는 그 특정한 사항에 대하여 이 협약을 적용할 의무가 없다.

특정한 사항에 대해서, 조약에 관한 선언을 한 경우에 적용되는 조문이다. 재판관할, 재판의 승인 또는 집행에 관한 사항들을 다 포함한다. 조약의 체결 시점이 당해 협약 체결 이후라 하더라도 적용 대상이 된다.

예를 들어, 협약에 의해 규율되는 선박우선평권(maritime lien)과 관련해서 체약국들이 다른 내용의 조약을 체결하는 경우가 있을 수 있다. 이 경우 당해 국가들이 선박우선평권과 관련된 재판관할합의의 효력을 부인하는 선언을 할 수 있다. A범주에 속한 선박우선평권과 관련해서는 재판관할합의가 무효, B범주에 속한 선박우선평권과 관련해서는 당해 재판관할합의의 내용이 공증인(notary) 앞에서 작성된 경우에만 재판관할합의가 유효, C범주와 관련해서 선택된 법원이 선박의 등록지국인 경우에만

재판관할합의가 유효, D범주는 선택된 법원이 ‘선박우선평권’을 부여한 국가인 경우에만 합의가 유효라고 보는 경우를 상정해 볼 수 있다. 만약 이 경우 선박우선평권을 부여한 국가의 법원으로 관할합의를 하였다면, 선박우선평권에 관한 조약을 체결하지 않은 국가들은 A범주나 D범주와 관련해서는 협약을 적용할 의무가 없다. 또한 재판관할합의의 내용이 공증인 앞에서 작성된 경우가 아니라면 B범주도, 그리고 선택된 법원이 선박의 등록지국이 아니라면 C범주에 관해서도 협약을 적용할 의무가 없다.⁴⁷⁸⁾

7. 지역경제통합기구의 규칙과의 관계(제26조 제6항)

6. 이 협약은 다음의 경우 이 협약의 전 또는 후에 체결되었건 간에 이 협약의 당사자인 지역경제통합기구의 규칙의 적용에 영향을 미치지 아니한다.
- a) 당사자의 어느 누구도 지역경제통합기구의 회원국이 아닌 계약국에 거주하지 않는 경우
 - b) 지역경제통합기구의 회원국들간에서 재판의 승인 또는 집행에 관하여

제26조 제6항은 협약의 당사자가 지역경제통합기구인 경우에 적용되는 조문이다. 지역경제통합기구에 대해서는 제29조 제1항에서 ‘주권국가들만에 의해 구성되고 이 협약에 의하여 규율되는 사항의 일부 또는 전부에 대하여 권한을 가지는 기구’라 언급하고 있다. 지역경제통합기구의 내부(regional)적인 문제는 협약의 적용으로부터 제외됨을 규정하는 것이다.

가. 제26조 제6항 a호와 브뤼셀 I bis⁴⁷⁹⁾와의 관계

⁴⁷⁸⁾ Hartley/Dogauchi(註 17), para. 290.

⁴⁷⁹⁾ Hartley/Dogauchi 보고서에는 브뤼셀 I 규정(Brussels Regulation, Brussels I)으로 설명되어 있으나, 2012년 규정 개정으로 인해 Brussels I bis 로 바뀌었으며, 2015년부터 발효했다.

제26조 제6항 a호와 관련해서는 특히, 브뤼셀 I bis와 협약이 같이 적용되는 경우를 상정해 볼 수 있다. 브뤼셀 I bis는 국제적 소송경합의 법리를 채택하고 있다는 점에서 협약과의 관계가 문제될 수 있다.

국제적 소송경합의 법리와 관련해서는 다음과 같은 사례를 상정해 볼 수 있다 - 오스트리아에 거소를 둔 회사가 핀란드에 거소를 둔 회사와 계약을 체결했다. 당해 계약은 네덜란드 로테르담 지방법원을 재판관할 합의법원으로 선택하는 내용을 포함하고 있다. 먼저 오스트리아 회사가 오스트리아에서 소를 제기했고, 이후 핀란드 회사는 로테르담에서 소를 제기했다. 국제적 소송경합의 법리를 규정하고 있는 브뤼셀 I bis 제29조에 따르면 네덜란드 로테르담 법원은 오스트리아 법원이 관할권 행사를 포기하기 전까지는 소송 절차를 진행할 수 없다. 즉 이 경우는 제26조 6항 a호의 적용 대상이다.⁴⁸⁰⁾

나. 제26조 제6항 b호와 브뤼셀 I bis와의 관계

브뤼셀 I bis는 협약보다 더 광범위한 재판의 승인 또는 집행의 토대를 제공한다. 브뤼셀 I bis 제36조-제38조에서 규정하고 있는 재판의 승인 또는 집행을 거부 근거는 협약 제9조에서 규율하고 있는 재판의 승인 또는 집행을 거부 근거보다 더 제한적이기 때문이다.⁴⁸¹⁾

제6장 최종조항

제5장에서는 규율하는 사항들은 일반적으로 국제사법조약을 체결하는 경우 포함되는 조항들이나, 이 협약의 특수한 목적에 맞게 수정된 부분도 있다.

480) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 297.

481) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 306.

I. 서명, 지분, 수락 및 승인 또는 가입(제27조)

제27조 서명, 지분, 수락 및 승인 또는 가입

1. 이 협약은 모든 국가들의 서명을 위하여 개방된다.
2. 이 협약은 서명국에 의한 비준, 수락 또는 승인을 조건으로 한다.
3. 이 협약은 모든 국가들의 가입을 위하여 개방된다.
4. 비준서, 수락서, 승인서 및 가입서는 협약의 수탁자인 네덜란드 의무부에 기탁되어야 한다.

제27조에 의해 헤이그국제사법회의의 회원국이 아니더라도 협약에 가입할 수 있다. 협약에 다수 국가들이 참여할 것을 기대한 것이다. 서명에 의한 개방 후에는 비준, 수락, 또는 승인을 조건으로 한다. 몇몇 헤이그 협약에서는 가입의 경우를 다른 경우와 구별해서 취급하고 있으나, 헤이그재판관할합의협약은 다른 경우와 동일하게 다루고 있다.⁴⁸²⁾

II. 불통일법체계에 관한 선언(제28조)

제28조 불통일법체계에 관한 선언

1. 어느 국가가 이 협약에서 다루어지는 사항에 관하여 상이한 법체계가 적용되는 둘 이상의 영토적 단위를 가지는 경우에는 서명, 비준, 수락, 승인 또는 가입시에 이 협약이 그의 모든 영토적 단위에 미치는지 또는 하나에만 또는 둘 이상의 영토적 단위에만 미치는지를 선언할 수 있고, 언제든지 다른 선언을 제출함으로써 이 선언을 변경할 수 있다.
2. 모든 그러한 선언은 수탁자에게 통지되어야 하고, 협약이 적용되는 영토적 단위를 명시하여야 한다.
3. 어느 국가가 이 조에 따른 선언을 하지 않는 경우 이 협약은

⁴⁸²⁾ Hartley/Dogauchi(註 17), para. 311.

그 국가의 모든 영토적 단위에 미친다.

4. 이 조는 지역경제통합기구에는 적용되지 아니한다.

체약국에서 아무런 선언을 하지 않는다면, 협약은 그 국가의 모든 영토적 단위에 효력이 미치는 것이 원칙이다(제28조 제3항). 불통일법체계 국가라 하더라도, 협약에서 다루어지는 사항과 관련 있는 것이 아니라면 제28조의 선언을 할 수는 없다(제28조 제1항). 제28조의 선언은 협약의 불통일법체계 국가 내부의 영토적 단위에서의 적용 여부를 일률적이 아니라, 상황에 맞게 정할 수 있도록 해 주는 조문이다. 지역경제통합기구에는 적용되지 않는다(제28조 제4항).

III. 지역경제통합기구(제29조)

제29조 지역경제통합기구

1. 주권국가들만에 의하여 구성되고 이 협약에 의하여 규율되는 사항의 일부 또는 전부에 대하여 권한을 가지는 지역경제통합기구는 유사하게 이 협약에 서명, 수락, 승인 또는 가입할 수 있다. 그 경우 그 지역경제통합기구는 이 협약에 의하여 규율되는 사항에 대하여 권한을 가지는 범위 내에서 체약국의 권리와 의무를 가진다.
2. 지역경제통합기구는 서명, 수락, 승인 또는 가입시에 이 협약에 의하여 규율되는 사항들 중 어느 사항에 관하여 그 기구의 회원국들이 기구에게 권한을 이전하였는지를 명시하여 서면으로 수탁자에게 통지하여야 한다. 지역경제통합기구는, 이항에 따른 최근의 통지에 명시된 바에 따른 권한의 배분에 관한 모든 변경을 즉시 수탁자에게 통지하여야 한다.
3. 이 협약의 발효의 목적상 지역경제통합기구가 기탁한 문서는 지역경제통합기구가 제30조에 따라 그의 회원국들이 이 협약

의 당사자가 되지 않을 것이라고 선언하지 않는 한 산입되지 아니한다.

4. 이 협약에서 “체약국” 또는 “국가”에 대한 모든 언급은 적절한 경우 협약의 당사자인 지역경제통합기구에 대하여 동등하게 적용된다.

협약 제29조 제1항에서 일부 언급되고 있으나, 지역경제통합기구의 개념을 협약에서 직접 정의하고 있는 것은 아니다. 지역경제통합기구가 주권국가들만에 의해 구성될 것, 협약에 의해 규율되는 사항의 일부 또는 전부에 대하여 권한을 가질 것 등을 개념 요소로 들고 있을 뿐이다. 이는 협약의 목적에 맞게 독자적으로 해석할 문제이다. 지역경제통합기구는 특정 사항에 관하여 기구의 회원국들에게 기구의 권한을 이전할 수 있다(제29조 제2항).⁴⁸³⁾

IV. 회원국이 없는 지역경제통합기구의 가입(제30조)

제30조 회원국이 없는 지역경제통합기구의 가입

1. 지역경제통합기구는 서명, 수락, 승인 또는 가입시에 이 협약이 규율하는 모든 사항들에 대하여 기구가 권한을 행사한다는 것과 그의 회원국들은 이 협약의 당사자가 되지 않을 것이나 기구의 서명, 수락, 승인 또는 가입에 의하여 구속된다는 것을 선언할 수 있다.
2. 제1항에 따라 지역경제통합기구가 선언을 한 경우에는 이 협약에서 “체약국” 또는 “국가”에 대한 모든 언급은, 적절한 경우 기구의 회원국에 대하여 동등하게 적용된다.

제29조는 제30조의 대비해서 보면 지역경제통합기구가 단독으로 당사

⁴⁸³⁾ Hartley/Dogauchi(註 17), para. 314.

자가 되는 경우를 규정하고 있다. 이 경우 그 회원국들은 협약의 당사자가 될 수 없다.

V. 발효(제31조)

제31조 발효

1. 이 협약은 제27조에 언급된 둘째의 비준서, 수락서, 승인서 또는 가입서의 기탁 후 3개월이 경과한 때의 다음 달의 초일에 발효한다.
2. 그 이후에는 이 협약은 다음 각호에 따라 발효한다.
 - 가) 후에 이 협약을 비준, 수락, 승인 또는 가입한 각 국가 또는 각 지역경제통합기구에 대하여는 비준서, 수락서, 승인서 또는 가입서의 기탁 후 3개월이 경과한 때의 다음 달의 초일에 발효한다.
 - 나) 이 협약이 제28조 제1항에 따라 미치게 된 영토적 단위에 대하여는 그 조에 언급된 선언의 통지 후 3개월이 경과한 때의 다음 달의 초일에 발효한다.

협약에는 유보를 금지하는 조문은 없다. 이는 국제관습법의 일반규칙에 의해 유보가 허용된다는 것을 의미한다.⁴⁸⁴⁾ 다만 협상 과정에서 동 협약과 관련해서는 유보가 장려되지 않으며, 오직 유보를 허용함에 있어서 해당 국가에 강한 이해관계(strong interest)가 있는 경우에만 허용되는 것으로 보는 것이 바람직하다는 언급이 있었다. 유보를 하는 경우에도 정확하고 명백하게 그 범위를 정할 것을 규정하고 있다.⁴⁸⁵⁾

484) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 318. 조약법에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제19조 국가는, 다음의 경우에 해당하지 아니하는 한, 조약에 서명·비준·수락, 승인 또는 가입할 때에 유보를 형성할 수 있다고 보고 있다 (a) 그 조약에 의하여 유보가 금지된 경우 (c) 상기 세항 (a) 및 (b)에 해당되지 아니하는 경우에는 그 유보가 그 조약의 대상 및 목적과 양립하지 아니하는 경우

485) Hartley/Dogauchi(註 17), para. 319.

VI. 선언(제32조)

제32조 선언

1. 제19조, 제20조, 제21조, 제22조 및 제26조에 언급된 선언은 서명, 비준, 수락, 승인 또는 가입시 또는 그 후 언제든지 할 수 있고, 언제든지 변경되거나 철회될 수 있다.
2. 선언, 변경 및 철회는 수탁자에게 통지되어야 한다.
3. 서명, 비준, 수락, 승인 또는 가입시에 한 선언은 관계된 국가에 대하여 이 협약의 발효와 동시에 발효한다.
4. 그 후에 한 선언과 모든 선언의 변경 또는 철회는 수탁자가 통지를 수령한 날로부터 3개월이 경과한 때의 다음 달의 초일에 발효한다.
5. 제19조, 제20조, 제21조 및 제26조에 따른 선언은 그의 발효 전에 체결된 전속적 관할합의에는 적용되지 아니한다.

제32조는 협약 전체적으로 이용되는 선언(declaration)에 관한 사항들을 규정하고 있다. 동조 제1항은 제19조(관할을 제한하는 선언), 제20조(승인 또는 집행을 제한하는 선언), 제21조(특정사항에 관한 선언), 제22조(비전속적 관할합의에 관한 상호적 선언), 제26조 제5항(특정 조약과 관계된 선언)의 선언을 함에 있어서 정해진 기한이 없음을 규정한다. 또한, 이 조항에 따라 선언이 언제든지 변경되거나 철회될 수 있음을 규정하고 있다. 제2항에서는 수탁자(depositary)에의 통지를 규정한다. 수탁자는 통지를 수령한 경우 그 내용을 가입국들에게 통지할 의무가 있다(제34조 c호).

동조 제3항과 제4항은 선언의 발효일을, 제5항은 선언의 비소급효를 규정한다.

VII. 폐기통고(Denunciation, 제33조)

제33조 폐기통고

1. 이 협약은 수탁자에 대한 서면 통지에 의해 폐기될 수 있다. 폐기통고는 이 협약이 적용되는 불통일법체계의 일부 영토적 단위들에 제한될 수 있다.
2. 폐기통고는 수탁자가 통지를 수령한 날 후 12개월이 경과한 때의 다음 달의 초일에 발효한다. 다만 당해 통지서에 폐기통고의 효력발생을 위한 보다 장기의 기간이 명시된 경우에는 수탁자가 통지를 수령한 날 후 그러한 장기의 기간이 경과한 때에 발효한다.

체약국에 의한 협약의 폐기통고가 가능하다. 불통일법체계의 경우 일부 영토적 단위에만 한정된 폐기 통고 또한 가능하다. 이는 서면 통지에 의한 것이어야 하며, 효력발생을 위한 보다 장기의 기간이 명시된 경우에는 명시된 기간에 의한다.

VIII. 수탁자에 대한 통지(제34조)

제34조 수탁자에 의한 통지

수탁자는 헤이그국제사법회의의 회원국들 그리고 제27조, 제29조와 제30조에 따라 서명, 비준, 수락 및 승인 또는 가입한 다른 국가들 및 지역경제통합기구들에게 다음 각호의 사항을 통지해야 한다.

- a) 제27조, 제29조와 제30조에 언급된 서명, 비준, 수락, 승인 및 가입
- b) 제31조에 따라 이 협약이 발효하는 날
- c) 제19조, 제20조, 제21조, 제22조, 제26조, 제28조, 제29조와 제30조에 언급된 통지, 선언과 선언의 변경 및 철회
- d) 제33조에 언급된 폐기통고

제34조는 특정한 경우에 통지해야 할 사항들을 규정한다.

제7장 우리 법과의 異同 - 우리나라의 협약 가입과 관련하여

지금까지 협약의 조문 및 공식 주석서, 보고서를 중심으로 협약의 내용을 검토했다. 이 장에서는 협약이 우리 법과 어떠한 점에서 주요한 차이가 있는지, 그 점에 관해서 협약이 우리에게 주는 시사점이 무엇인지를 검토한다.

I. 국제사법상의 재판관할합의, 약관의 규제에 관한 법률(이하 ‘약관규제법’이라 약칭)의 적용 범위 확정⁴⁸⁶⁾

1. 문제의 제기

협약은 전속적 재판관할합의에 관한 내용을 규율하고 있지만, 국제거래에서는 계약 체결시에 당사자가 직접 구두로 관할법원을 어디로 할지 협상을 하는 경우보다 이미 작성된 약관을 가지고 합의하는 경우가 대부분이다. 그러한 과정에서 국제사법상의 국제재판관할과 준거법의 문제가 제기된다.

약관규제법은 제1조를 제외하고는 ‘소비자’라는 용어 대신 ‘고객’이라는 용어를 사용한다. 약관규제법에서 의미하는 ‘고객’은 계약의 한쪽 당사자로서 사업자로부터 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안 받은 자를 말

486) 이하의 내용은 석광현, “해외직접구매에서 발생하는 분쟁과 소비자의 보호 : 국제사법, 중재법과 약관규제법을 중심으로”, 서울대학교 법학 제57권 제3호(2016), 74면 이하 참조. 실제로 이 경우는 거래당사자가 재판관할약관의 존재를 의식하지 못하고 거래하는 경우가 대부분일 것이다. 각국은 국내 소비자 보호를 위하여 전자상거래특별법을 제정하고 있으며, 우리나라의 경우 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제36조에서 “통신판매업자와의 거래에 관련된 소(訴)는 소 제기 당시 소비자의 주소를 관할하는 지방법원의 전속관할로 하고, 주소가 없는 경우에는 거소(居所)를 관할하는 지방법원의 전속관할로 한다. 다만, 소 제기 당시 소비자의 주소 또는 거소가 분명하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다.

한다.⁴⁸⁷⁾ 따라서 B2B거래의 경우에는 제15조의 예외사유가 아닌 한 계약 체결시 작성한 약관은 약관규제법의 적용 대상에 해당한다.⁴⁸⁸⁾

2. 약관규제법의 국제적 강행규정성

약관에 포함된 준거법 조항은 특별한 사정이 없는 한 유효하므로, 약관규제법이 국제적 강행규정이라면 이에 근거한 통제가 가능하다. 현재 판례는 “약관의 규제에 관한 법률의 입법 목적을 고려하면, 외국법을 준거법으로 하여 체결된 모든 계약에 관하여 당연히 약관의 규제에 관한 법률을 적용할 수 있는 것은 아니다.”⁴⁸⁹⁾고 보아 국제적 강행규범성을 부정하고 있다. 이 점에 대해서는 과거 독일 약관규제법과 같이 외국법이 준거법으로 지정되더라도 당해 계약이 독일과 밀접한 관련을 가지는 경우에는 동법은 고려되어야 한다는 명시적인 규정⁴⁹⁰⁾이 없다 하더라도 약관규제법이 국제적 약관에도 적용됨을 전제하고 있으므로 준거법합의에 불구하고 당해약관이 한국과 밀접한 관련이 있는 경우에는 국제적 약관에도 적용된다고 보는 것이 타당하다는 견해가 있다.⁴⁹¹⁾ 그러나 실제 국제거래의 유형을 살피지 않고 당사자 일방국의 약관규제법에 의해서 계약의 내용을 무효로 하는 것은 국제거래의 현실을 도외시한 것이므로 판례의 결론은 타당하다고 생각한다.

3. 국제사법 규정 및 약관규제법의 통제가 적용되는 범위

제27조의 소비자계약이 아닌 이상 국제사법 제27조 제6항의 적용 대상은 아니다. 이 경우 약관규제법의 적용 여부는 관할합의의 허용요건의 준거법에 의해 결정할 사안이다. 만약 관할합의조항이 없었을 때에는 한국 법원이 국제재판관할권을 가질 수 있었던 경우임에도, 약관 조항에

487) 약관규제법 제2조 제3항

488) 협약은 소비자계약을 제외하므로, B2C거래의 경우에는 논의의 실익이 크지 않다.

489) 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다28185 판결

490) 구 AGBG 제12조

491) 손경한(註 212), 71-72면

의해 한국 법원의 국제재판관할이 박탈된다면 제14조에 의해 무효로 볼 수 있다. 문제는 약관규제법 제14조에서는 “고객에게 부당하게 불리한 재판관할의 합의 조항”은 무효라고 포괄적으로 서술하고 있으므로 그 범위를 확정하는 것이 구체화되어 있지 않다는 점인데, 이는 입법에 의해 개선해나가야 할 문제라 본다.

II. 국제재판관할을 결정하는 기준과 관련한 문제

우리 법	협약
<p>국제사법 제2조(국제재판관할)</p> <p>① 법원은 <u>당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다.</u> 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 <u>국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다.</u></p> <p>② 법원은 <u>국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.</u></p> <p>민사소송법 제29조(합의관할)</p> <p>① <u>당사자는 합의로 제1심 관할법원을 정할 수 있다.</u></p> <p>② 제1항의 합의는 <u>일정한 법</u></p>	<p>협약</p> <p>제1조 범위</p> <p>1. 이 협약은 국제적인 사건에서 민사 또는 상사사건에서 체결된 <u>전속적 관할합의</u>에 적용된다.</p> <p>2. 제2장의 목적상, <u>당사자들이 동일한 계약국에 거주하고 당사자들의 관계와, 분쟁에 관계된 모든 요소들이 그 국가에만 관련된 경우가 아니라면, 사건은 선택된 법원의 장소에 관계없이 국제적이다.</u></p> <p>제3조 전속적 관할합의</p> <p>c) 전속적 관할합의는 <u>다음의 방식으로 체결되거나 작성되어야 한다.</u></p> <p>i) 서면</p> <p>ii) <u>추후 참조를 위하여 사용될 수 있도록 정보에의 접근을 가능하게 하는 그</u></p>

<p>를관계로 말미암은 소에 관하여 서면으로 하여야 한다.</p>	<p><u>밖의 통신 수단</u> d) 계약의 일부를 구성하는 전속적 관할합의는 그 계약의 다른 조건들과는 독립적인 계약으로 취급된다. 그 계약이 유효하지 않다는 근거만으로 전속적 관할합의의 유효성을 다룰 수는 없다.</p>
--------------------------------------	---

1. 우리 법의 태도

과거 국제사법 개정 이전에는 국제재판관할을 결정하는 기준과 관련해서 1. 국내의 민사소송법의 토지관할에 관한 규정에서 기준을 구하여 그로부터 역으로 파악하여 국제재판관할의 유무를 정하는 것으로 보는 견해 2. 어느 나라에서 재판할 것인가의 문제는 재판의 적정, 당사자 간의 공평, 소송의 신속이라는 민사소송의 이념에 따라 조리에 의해 결정해야 한다는 견해가 있었다.⁴⁹²⁾ 판례는 구涉外사법 하에서는 “涉外사건에 관하여 국내의 재판관할을 인정할지의 여부는 국제재판관할에 관하여 조약이나 일반적으로 승인된 국제법상의 원칙이 아직 확립되어 있지 않고 이에 관한 우리나라의 성문법규도 없는 이상 결국 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속을 기한다는 기본이념에 따라 조리에 의하여 이를 결정함이 상당하다 할 것이고, 이 경우 우리나라의 민사소송법의 토지관할에 관한 규정 또한 위 기본이념에 따라 제정된 것이므로 위 규정에 의한 재판적이 국내에 있을 때에는涉外사건에 관한 소송에 관하여도 우리나라에 재판관할권이 있다고 인정”⁴⁹³⁾한다고 판시한 바 있다.

개정된 국제사법은 관할 규정을 두어서 이를 입법적으로 해결하려고 했다. 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 ‘실질적 관련성

492) 이시윤(註 36), 58면.

493) 1992. 7. 28. 선고 91다41897판결

(substantial connection)’을 우리 법원의 국제재판관할권의 기준으로 하
되, 이를 판단함에 있어서는 국내법의 토지관할규정을 참작하며 국제관
할배분의 이념, 즉 소송의 적정·공평과 신속의 이념 등을 고려할 것으로
규정하였다. 실질적 관련성이라는 개념은 어느 정도 구체화가 필요한 바,
판례는 이와 관련해서 “당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를
기한다는 기본이념에 따라 국제재판관할을 결정하여야 하고, 구체적으로
는 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익
뿐만 아니라 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등과 같은 법원
내지 국가의 이익도 함께 고려하여야 하며, 이러한 다양한 이익 중 어떠
한 이익을 보호할 필요가 있을지 여부는 개별 사건에서 법정지와 당사자
의 실질적 관련성 및 법정지와 분쟁이 된 사안과의 실질적 관련성을 객
관적인 기준으로 삼아 합리적으로 판단”한다는 입장이다. 합의는 일정한
법률관계로 말미암은 소에 관하여 서면으로 할 것을 요한다.

2. 협약의 규율 및 시사점

협약은 ‘당사자들이 동일한 체약국에 거주하고 당사자들의 관계와, 분
쟁에 관계된 모든 요소들이 그 국가에만 관련된 경우가 아니’라면 국제
재판관할권을 가진다고 보고 있다. 당사자가 서로 다른 체약국에 거주하
거나 분쟁과 관련된 요소가 한 국가가 아니라 다른 국가와도 관련이 있
으면 국제재판관할을 인정하는 것이다. 기본적으로 협약은 전속적 관할
합의에만 적용되지만, 하나의 체약국의 법원들 혹은 하나 또는 둘 이상
의 법원들을 정하는 합의는 당사자가 명시적으로 정하지 않는 한 전속적
관할합의로 본다고 규정함으로써 전속적 관할합의에 해당할 여지가 있는
범위를 넓게 잡고 있다. 서면 이외에도 추후 참조를 위하여 사용될 수
있도록 정보에의 접근을 가능하게 하는 그 밖의 통신 수단에 의한 관할
합의가 가능하며, 다른 계약들과는 별개로 관할합의계약의 독자성 유무
를 판단한다는 점에서도 우리 법과는 차이가 있다. 협약은 우리 국제사
법, 민사소송법이나 판례가 정하는 기준보다 더 넓은 범위의 국제재판관

할권을 인정하면서도 그 인정 기준을 명확하게 잡고 있다.

비록 판례가 국제재판관할권 유무를 판단하는 기준을 실시하고 있더라도, 적어도 판례의 기준만을 보았을 때에는 예측가능성이 담보된다고 보기는 어렵다. 실제로 국제거래에서 당사자는 제3의 중립국 법원을 관할 법원으로 합의할 수 있으며, 증거가 존재하는 곳으로부터의 물리적 거리 등은 당사자가 감안한 상태에서 합의를 했다고 볼 수 있기 때문이다. 이 점에 관해서는 협약에서 규율하고 있는 형식이 더 바람직하다고 본다.

Ⅲ. 관할 합의의 법적 성격 결정 - 우리법의 논의와 협약의 비교(제3조 b호)

우리 법	협약
(규정 없음)	<p>제3조 전속적 관할합의</p> <p>이 협약의 목적상</p> <p>a) “<u>전속적 관할합의</u>”는 둘 또는 그 이상의 당사자들에 의해서 체결되는 계약으로서, c)항의 요건을 구비하고, <u>특정한 법률관계와 관련하여 발생하였거나 발생할 수 있는 분쟁을 재판할 목적으로, 하나의 계약국의 법원들, 또는 하나의 계약국 내의 하나 또는 둘 이상의 특정한 법원들을 지정하고 다른 모든 법원들의 관할을 배제하는 계약을 의미한다.</u></p>

	b) 하나의 체약국의 법원들 또는 하나의 체약국 내의 하나 또는 둘 이상의 특정한 법원들을 지정하는 관할합의는 <u>당사자들이 명시적으로 달리 정하고 있지 않으면</u> 전속적인 것으로 본다.
--	---

1. 우리 법의 논의

가. 학설의 입장

현행법상 관할합의가 전속적인지 부가적인지를 구별하는 기준은 존재하지 않는다. 현재 우리 민사소송법계에서는 토지관할과 관련해서 관할의 합의가 이 중 어느 것인지 불명할 때에는, 경합하는 법정관할법원 중 어느 하나를 특정하는 합의는 전속적이지만, 그렇지 않은 경우에는 부가적 합의로 봐야 한다는 견해가 일반적이다.⁴⁹⁴⁾ 이에 대하여 합의가 불명할 때에는 부가적 합의라고 볼 특별한 사정이 없는 한 전속적 합의로 해석하여야 하고, 다만 약관에 의한 관할합의의 경우에는 부가적 합의로 해석할 것이라는 견해도 있다.⁴⁹⁵⁾

나. 대법원 판례의 입장

판례는 “당사자들이 법정 관할법원에 속하는 여러 관할법원 중 어느 하나를 관할법원으로 하기로 약정한 경우, 그와 같은 약정은 그 약정이 이루어진 국가 내에서 재판이 이루어질 경우를 예상하여 그 국가 내에서

494) 이시윤(註 36) 108-109면

495) 정동윤/유병현, 민사소송법 제3판(2010), 133면

의 전속적 관할법원을 정하는 취지의 합의라고 해석될 수 있지만, 특별한 사정이 없는 한 다른 국가의 재판관할권을 완전히 배제하거나 다른 국가에서의 전속적인 관할법원까지 정하는 합의를 한 것으로 볼 수는 없다. 따라서 채권양도 등의 사유로 외국적 요소가 있는 법률관계에 해당하게 된 때에는 다른 국가의 재판관할권이 성립할 수 있고, 이 경우에는 위 약정의 효력이 미치지 아니하므로 관할법원은 그 국가의 소송법에 따라 정하여진다고 봄이 상당하다.”고 판시하고 있다.⁴⁹⁶⁾

다. 협약의 규정

그러나 협약은 당사자들이 명시적으로 달리 정하지 않는 이상 특정 법원을 지정하는 합의는 전속적인 것으로 본다(제3조 b호). 과거 예비조안 제4조 제1항에서도 같은 취지의 규정을 두었고, 이는 브뤼셀 I 규정(제23조) 및 브뤼셀 I bis(제25조)에서도 동일하다. 국제소송에서는 원칙적으로 국가 간의 이송이 허용되지 않기 때문에 당사자들의 합의를 최우선적으로 존중해 주는 것이 타당하다고 생각한다. 판례가 실시하는 기준은 1. 우선 국가 내에서의 전속적 관할법원을 정한 취지라고 보면서 다른 외국 법원에서의 관할을 인정한다는 것은 논리모순이라는 비판이 가능하며 2. 이는 일본의 판례와 학설을 따른 것으로 보이나 그 자체로 합리적 근거가 있는지 의문이라는 비판이 있으며⁴⁹⁷⁾ 3. 국제재판관할에서 당사자가 지정한 법원에 한해서만 전속관할을 인정한다는 것은 당사자에게 불리한 것이 아니라 당사자가 불확실성 제거를 위해 의도한 것이라 보는 것이 타당하다.

라. 결론

이 문제의 해결과 관련해서 원칙적으로 국제거래에서는 전속적인 합의가 있는 것으로 추정하자는 견해도 있다.⁴⁹⁸⁾ 그러나 각주 415)에서 본

496) 대법원 2008. 3.13. 선고 2006다68209 판결

497) 석광현(註 32), 117면.

바대로 국제 은행 업무와 관련해서는 비전속적 관할합의를 하는 것이 일반적이다. 채무자의 재산이 있는 곳이라면 관할을 인정할 필요가 있기 때문이다. 이는 국제소비대차계약에서도 마찬가지이다. 외국판결의 승인 및 집행이 자유롭게 보장되지 않는 현재의 상황 하에서 국제대출거래의 대주는 차주의 재산이 있는 곳에서 소를 제기하여 승소판결을 받고 이를 집행할 현실적 필요가 있기 때문이다.⁴⁹⁹⁾ 따라서 거래의 유형별로 개별적으로 판단하는 것이 구체적 타당성 도모라는 점에서 바람직하다고 본다.

IV. 전속적 국제재판관할합의가 유효하기 위한 요건(협약 제5조 제1항, 제6조 a호, 제9조 a호) - 판례가 요구하는 ‘합리적 관련성’ 요건을 중심으로

우리 법	협약
<p>국제사법 제2조(국제재판관할)</p> <p>① 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다.</p> <p>② 법원은 국내법의 관할 규정</p>	<p>제3조 전속적 관할합의 이 협약의 목적상</p> <p>a) “<u>전속적 관할합의</u>”는 둘 또는 그 이상의 당사자들에 의해 서 체결되는 계약으로서, c)항의 요건을 구비하고, <u>특정한 법률관계와 관련하여 발생하였거나 발생할 수 있는 분쟁을 재판할 목적으로, 하나의 체약국의 법원들, 또는 하나의 체약국 내의 하나 또는 둘 이상의 특정한 법원</u></p>

498) 한충수(註 212), 44면

499) 박찬동, 신창섭, “국제대출계약의 재판관할선택에 관한 연구”, 고려법학 77호 (2015), 252면.

<p>을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 <u>국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.</u></p> <p>민사소송법 제29조(합의관할)</p> <p>① <u>당사자는 합의로 제1심 관할법원을 정할 수 있다.</u></p> <p>② <u>제1항의 합의는 일정한 법률관계로 말미암은 소에 관하여 서면으로 하여야 한다.</u></p>	<p><u>들을 지정하고 다른 모든 법원들의 관할을 배제하는 계약을 의미한다.</u></p> <p>b) 하나의 계약국의 법원들 또는 하나의 계약국 내의 하나 또는 둘 이상의 특정한 법원들을 지정하는 관할합의는 <u>당사자들이 명시적으로 달리 정하고 있지 않으면 전속적인 것으로 본다.</u></p> <p>c) 전속적 관할합의는 <u>다음의 방식으로 체결되거나 작성되어야 한다.</u></p> <p>i) 서면</p> <p>ii) <u>추후 참조를 위하여 사용될 수 있도록 정보에의 접근을 가능하게 하는 그 밖의 통신 수단</u></p> <p>d) 계약의 일부를 구성하는 전속적 관할합의는 그 계약의 다른 조건들과는 독립적인 계약으로 취급된다. 그 계약이 유효하지 않다는 근거만으로 전속적 관할합의의 유효성을 다룰 수는 없다.</p>
---	--

1. 우리 법상 전속적 국제재판관할합의가 유효하기 위한 요건

가. 명문의 규정의 존재 여부

현행법상으로는 전속적 재판관할합의가 유효하기 위해서 어떠한 조건을 갖추어야 하는지에 대한 명문 규정은 없다. 국제사법에서는 국내법의 관할 규정을 참작하고, 또 국제재판관할의 특수성을 고려하라고 규정하고 있을 뿐이다. 민사소송법에서는 합의관할에 관한 조문을 두면서 당사자의 의사에 의한 관할이 가능하다는 점, 이는 일정한 법률관계로 말미암은 소에 관하여 서면으로 하여야 한다는 점을 규정하고 있다. 결국 전속적 국제재판관할합의가 유효하기 위한 요건은 판례와 학설에 맡겨져 있다고 할 것이다.

나. 대법원 판례의 입장 - 합리적 관련성 요건의 요구

과거 한국의 하급심 판례는 내국관련성을 전속적 재판관할합의의 유효요건으로 요구하지 않았으나,⁵⁰⁰⁾ 1997년 한국인 간에 미국 뉴욕 주 법원을 관할법원으로 전속적 관할합의를 한 사안에서 대법원은 전속적 국제재판관할합의가 유효하려면 “대한민국 법원의 관할을 배제하고 외국의 법원을 관할법원으로 하는 전속적인 국제관할의 합의가 유효하기 위하여는, 1. 당해 사건이 대한민국 법원의 전속관할에 속하지 아니하고, 2. 지정된 외국법원이 그 외국법상 당해 사건에 대하여 관할권을 가져야 하는 외에, 3. 당해 사건이 그 외국법원에 대하여 합리적인 관련성을 가질 것이 요구된다고 할 것이고, 한편 4. 전속적인 관할 합의가 현저하게 불합리하고 불공정한 경우에는 그 관할 합의는 공서양속에 반하는 법률행위에 해당하는 점에서도 무효이다.”고 판시한 바 있다.⁵⁰¹⁾⁵⁰²⁾ 이 중 논의의

500) 서울민사지법 1981. 10. 21. 선고 81가합949판결

501) 대법원 1997, 9. 9. 선고 96다20093판결. 당해 사건에서의 관할합의는 사건이 그 지정된 외국 법원에 대하여 합리적 관련성을 결여한 것으로서 무효라 보았다.

502) 이후 판례는 외국법원의 재판권을 배제하고 한국 법원만을 재판관할법원으로 하는 전속적인 재판관할합의가 유효하려면 “당해 사건이 외국법원의 전속관할에 속하지 아니하고, 대한민국 법원이 대한민국법상 당해 사건에 대하여 관할권을 가져야 하는 외에, 당해 사건이 대한민국 법원에 대하여 합리적인 관련성을 가질 것이 요구되며, 그와 같은 전속적인 관할 합의가 현저하게 불합리하고 불공정하여 공서양속에 반하는 법률행위에 해당하지 않는 한 그 관할합의는 유효”라고 판시한 바 있다. 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009다19093판결

여지가 있는 것은 3.에서 규율하는 ‘합리적 관련성’ 요건이다.

다. 종래 민사소송법 학계의 입장

민사소송법 학계에서는 합리적 관련성을 요구하는 것은 국제관할과 관련된 상반된 당사자의 이익을 조정하기 위하여 중립적인 법원으로 합의하려는 당사자의 의사에 반한다는 견해도 있으나, 일반적으로 합리적 관련성 요건을 고려하지 않으면, 합의된 법원이 합리적 관련성이 없는 법원일 경우에 그 법원에게 외국법의 적용, 외국에서의 증거조사 등 과도한 부담을 지게 하는 한편 심리적정이나 소송경제에 반하고, 당사자들에게도 소제기 및 방어에 불편을 초래하므로, 합리적 관련성 요건을 요구하는 것이 타당하다는 견해⁵⁰³⁾도 있다.

2. 외국의 동향

가. 미국

미국은 *Bremen v. Zapata* 사건⁵⁰⁴⁾에서 원심법원이 실시한 합리적 관련성 이론을 파기하고 당사자들이 체결한 관할합의의 효력을 인정한 바 있다. 이 사안은 미국회사인 원고가 회사 소유의 석유시추선을 미국 루이지애나로부터 이탈리아 소재 석유시추지점까지 이동하기로 독일회사와 예인선계약을 체결하면서 관할 합의 시에 런던 법원을 지정한 사례이다. 예선 도중 석유시추선이 손상되는 사고가 발생하였고, 원고는 미국으로 귀향한 후 피고를 상대로 미 연방법원에 소를 제기하였다. 피고는 관할 합의조항을 근거로 소를 각하할 것과 런던법원에서 소송이 진행되는 동안 미 연방법원의 소송을 중지하여 줄 것을 요구하는 신청을 하였다. 관련 증거가 미국에 편중되어 있음에도 당사자의 관할합의의 유효성을 인

503) 강희철, “전속적인 국제재판관할합의의 유효요건”, 국제사법연구 2호(1997), 347면 이하.

504) *The Bremen et al. v. Zapata Off-shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972)

정해서 연방대법원은 증가하는 국제거래 및 상거래의 현실에 비추어 관할합의규정이 배제되어야 할 중대한 사유가 없는 한 이는 존중되어야 한다고 판시한 바 있다.⁵⁰⁵⁾

나. 일본

일본은 치사다네호 사건⁵⁰⁶⁾에서 다음과 같이 판시한 바 있다 : 일본의 수입업자 소외 A와 브라질의 수출업자 소외 B 간에 원당매매계약을 체결하였다. 위 원당의 해상운송은 네덜란드에 주된 사무소를 둔 피고 운송인이 운항하는 선박에 의해 이루어졌다. 피고 운송인 발행 선하증권에는 운송인의 주된 사무소 소재지인 암스테르담 법원을 전속적 관할합의 법원으로 지정하는 합의가 있었다. 위 수입업자 A의 적하보험자인 원고가 피고 운송인에 대하여 손해배상소송을 일본법원에 제기하자, 피고는 위 관할합의규정에 의거 본안 전 항변을 하였다. 이에 대하여 일본 최고 재판소는 선하증권상의 관할합의가 유효하기 위한 요건으로 ① 당해사건이 일본국 재판권에 전속적으로 속하지 아니하고, ② 관할합의로 지정된 외국법원이 당해 외국법상 당해사건에 대하여 관할권을 가지는 것으로 족하다고 판시하였다.⁵⁰⁷⁾ 일본의 통설 또한 기본적으로 합리적 관련성의 요건은 요구하지 않는다는 입장이다.⁵⁰⁸⁾ 사건과 법정지의 관련성을 요구함으로써 중립적 제3국으로 하는 관할합의의 유효성을 부정하는 결과가 되면 법적 안정을 해친다는 점 등을 논거로 들고 있다. 일본 개정 민사소송법에서도 이와 같은 요건을 요구하지 않고 일정한 법률관계에 기한 소에 관한 요건을 필요로 할 뿐이다(제3조의7 제2항).⁵⁰⁹⁾ 특히 관할합의

505) 최성수, “국제재판관할합의에 관한 우리나라 판례의 검토”, 동아법학 50호 (2013), 342면.

506) 最高裁 昭和50年11月28日 判決, 民集 第29卷10号1554頁 (昭和45(オ)297)

507) 최성수(註 505), 342면.

508) 석광현(註 213), 218면 각주 13)

509) 노태악, “韓國 國際裁判管轄法에 있어 合意管轄, 辯論管轄, 專屬管轄, 反訴管轄”, 국제사법 연구 18호(2012), 97면. 일본 민사소송법 제3조의7(관할권에 관한 합의) 2. 전항의 합의는 일정한 법률관계에 기한 소에 관하여, 또한 서면에 의하지 않으면 효력이 없다.

가 없는 경우의 국제재판관할에서 적용되는 이른바 ‘특별한 사정에 의한 관할배제’조차 적용하지 않고 있다(제3조의9)⁵¹⁰⁾

다. 각종 국제 규범

국제적인 흐름은 대체로 외국 법원과 분쟁 사이에 어떠한 객관적인 관련을 요구하지 않는다고 한다. UNIDROIT 원칙에서도 전속적 관할합의에 대하여는 법정지와 관련을 요구하지 않고 있으며(2.4.)⁵¹¹⁾ 브뤼셀 I 규정이나 브뤼셀 I bis, 루가노협약은 당사자가 적당하다고 생각하는 관할법원을 정할 수 있다. 협약 역시 이 점을 전제로 하고 있다.⁵¹²⁾

3. 대법원 판결에 대한 비판

일반적으로 합의관할법원에 내국관련성이 필요하다는 견해는 내국관련성이 없는 사건에 국가의 사법자원을 낭비할 필요가 없으며, 내국관련성이 없는 사건을 심리, 판단하려면 증거조사, 통번역, 외국 준거법의 적용 등으로 인하여 재판이 지연되고 비용 소모가 심하며, 한국 국제사법은 국제재판관할에 있어 당사자 또는 사안이 법정지와 실질적 관련이 있을 것을 요구하고 있음을 그 근거로 든다.⁵¹³⁾

당사자들이 외국 법원으로 전속적 재판관할합의를 하는 것은 외국 법원이 해당 사안에 대해서 합리적 관련성을 가지는 경우도 있겠지만, 이미 축적된 외국 법원의 경험이나 자료를 활용하려는 의도 하에 이와 같

510) 일본 민사소송법 제3조의9(특별한 사정에 의한 소 각하) 법원은 소에 대하여 일본법원이 관할권을 가지게 되는 경우라 하더라도 사안의 성질, 응소에 따른 피고의 부담 정도, 증거의 소재지 그 밖의 사정을 고려하여 일본 법원이 심리 및 재판하는 것이 당사자 사이의 형평을 해하거나 적당하고 신속한 심리를 실현하는데 방해될 특별한 사정이 있다고 인정될 경우에는 그 소의 전부 또는 일부를 각하할 수 있다.

511) 다만 전속적 관할합의가 아니거나 당사자의 동의가 없는 경우에는 분쟁과 법정지 사이에 실질적 관련성을 요구한다.

512) 노태약(註 509), 97면.

513) 손경한(註 212), 453면.

은 합의를 하는 경우도 있을 것이다.⁵¹⁴⁾ 또한 당사자들이 상호 합의 하에 중립적인 제3의 법정지를 선택하는 경우도 있을 수 있다. 이 경우 법원이 합리적 관련성 요건을 내세운다면 오히려 당사자들이 원하는 법원에서 재판받을 이익을 침해하는 것이 될 것이다. 이는 합의관할법원에서 재판을 받기를 기대하고 있던 당사자의 예측가능성과 재판관할제도에 관한 법적 안정성을 해치는 결과가 되기 때문이다.

만약 판례의 입장을 따른다면, 우리는 협약을 가입하면서 제19조의 선언을 해야 할 것이다. 또한 재판의 승인 및 집행을 거부하기 위해서는 제20조의 선언도 해야 한다. 그러나 당해 사건이 외국과 관련성이 있다면 법정지 국가가 제19조의 선언을 하지 않는 한 외국 법원의 판결의 승인 및 집행을 거부할 수 없다고 본다.⁵¹⁵⁾ 이는 결국 협약상의 선언을 무의미하게 만드는 결과를 가져오는바, 대법원 판례는 변경하는 것이 타당하다고 본다. 비전속적 관할합의에만 한정해서 내국관련성을 요구하자는 견해가 있으나, 비전속적 관할합의를 전속적 관할합의와 달리 볼 이유가 없다. 오히려 당사자가 비전속적 관할합의에 불구하고 내국관련성이 있는 국가의 법원에 제소할 권리가 보장된다는 점에서 내국관련성을 요구할 필요는 더 줄어들었다고 할 것이다.⁵¹⁶⁾

V. 재판의 승인 및 집행과 관련한 논의

우리 법	협약
민사소송법 제217조(외국재판의 승인) ① 외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 "확정재판등"이라	제8조 승인 및 집행 1. 전속적 관할합의에서 지정된 체약국의 법원이 선고한 재판은 이 장에 따라 다른 체약국에서 승인되고 집행된다.

514) 예를 들어 국제적인 해상운송 또는 보험계약에서는 당사자들이 당해 분야에 관하여 명망 있는 영국법을 준거법으로 하고 영국법원을 전속관할법원으로 합의하는 경우가 대표적이다. 석광현(註 213), 226면. 지적재산권분쟁에 있어서는 미국의 세너제이(San Jose)법원을 선택하는 경우가 많다. 손경한(註 49), 453면.

515) 석광현(註 1), 223-224면.

516) 손경한(註 49), 453면.

우리 법	협약
<p>한다)은 다음 각호의 요건을 모두 갖추어야 승인된다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정될 것 2. 패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것 3. 그 확정재판 등의 내용 및 소송절차에 비추어 그 확정재판 등의 승인이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것 4. 상호보증이 있거나 대한민국과 그 외국법원이 속하는 국가에 있어 확정재판등의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것 <p>② 법원은 제1항의 요건이 충족되었는지에 관하여 직권으로 조사하여야 한다.</p>	<p>승인 또는 집행은 <u>이 협약에 명시된 근거</u>에 기하여만 거부될 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. 재판은 재판국에서 효력을 가지는 경우에만 승인될 수 있고, 재판국에서 집행할 수 있는 경우에만 집행될 수 있다. 4. 만일 재판이 재판국에서 상소의 대상인 경우 또는 만일 통상의 상소를 구할 수 있는 기간이 만료되지 않은 경우 승인 또는 집행은 연기 또는 거부될 수 있다. 거부는 그 재판의 승인 또는 집행을 위하여 추후에 신청하는 것을 금지하지는 아니한다. <p>제9조 승인 또는 집행의 거부</p> <p>다음의 경우 승인 또는 집행은 거부될 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> a) 선택된 법원이 그 합의가 유효하다고 결정한 경우가 아닌 한, 그 합의가 선택된 법원의 국가의 법에 따라 무효인 경우 b) 요청된 국가의 법에 따라 당사자가 합의를 체결할 능력이 없는 경우 c) 청구의 본질적인 요소를 포함하는 소송을 개시하는 서면 또는 그에 상응하는 서면이,

우리 법	협약
<p>제217조의2(손해배상에 관한 확정재판등의 승인)</p> <p>① 법원은 손해배상에 관한 확정재판등이 대한민국의 법률 또는 대한민국이 체결한 국제조약의 기본질서에 현저히 반하는 결과를 초래할 경우에는 해당 확정재판등의 전부 또는 일부를 승인할 수 없다.</p> <p>② 법원은 제1항의 요건을 심리할 때에는 외국법원이 인정한 손해배상의 범위에 변호사보수를 비롯한 소송과 관련된 비용과 경비가 포함되는지와 그 범위를 고려하여야 한다.</p>	<p>1) 피고에게 충분한 기간을 두고, 또한 방어를 할 수 있도록 하는 방법으로 고지되지 않은 경우. 그러나 피고가 재판국 법원에서 고지를 다투지 아니하고 출석하여 변론한 경우에는 그러하지 아니하다. 다만, 재판국 법이 고지를 다투는 것을 허용하는 조건으로 한다. 또는</p> <p>2) 요청받은 국가에서 문서의 송달에 관한 그 국가의 근본적인 원칙에 양립하지 않는 방법으로 피고에게 통지된 경우</p> <p>d) 재판이 절차와 관련된 사기에 의해 획득된 경우</p> <p>e) 승인 또는 집행이 요청받은 국가의 공서에 명백히 반하는 경우. 이는 재판에 이르게 된 특정 소송절차가 그 국가의 절차적 공평의 근본 원칙과 양립되지 않은 상황을 포함한다.</p> <p>f) 재판이 요청받은 국가에서 동일한 당사자들 간의 분쟁에서 선고된 재판과 양립하지 않는 경우</p>

우리 법	협약
<p>민사집행법 제26조(외국재판의 강제집행)</p> <p>① 외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 "확정재판등"이라 한다)에 기초한 강제집행은 대한민국 법원에서 집행판결로 그 강제집행을 허가하여야 할 수 있다.</p> <p>② 집행판결을 청구하는 소(訴)는 채무자의 보통재판적이 있는 곳의 지방법원이 관할하며, 보통재판적이 없는 때에는 민사소송법 제11조의 규정에 따라 채무자에 대한 소를 관할하는 법원이 관할한다.</p> <p>제27조(집행판결)</p> <p>① 집행판결은 재판의 옳고 그름을 조사하지 아니하고 하여야 한다.</p> <p>② 집행판결을 청구하는 소는 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 각하하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 외국법원의 확정재판등이 확정된 것을 증명하지 아니한 때 2. 외국법원의 확정재판등이 민사소송법 제217조의 조건을 갖추지 아니한 때 	<p>g) 재판이 동일한 당사자들 간에 동일한 청구원인에 관하여 다른 국가에서 선고된 선행 재판과 양립하지 않는 경우. 다만, 요청받은 국가에서 선행 재판이 승인을 위한 요건을 충족하는 것을 조건으로 한다.</p> <p>제8조</p> <p>2. 재판국 법원이 선고한 재판의 실질에 대해서는 어떠한 심사도 할 수 없다. 다만, 이 장의 조항을 적용하기 위한 목적상 필요한 심사에는 영향을 미치지 아니한다. 결석재판이 아닌 한, 요청받은 법원은 재판국 법원이 관할의 근거로 삼은 사실 인정에 구속된다.</p>

1. 우리 법의 규율

가. 재판의 승인과 관련하여

현행 민사소송법 제217조에서는 외국판결의 승인을 위한 조건으로 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 "확정재판 등"이라 한다)이 1. 대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정될 것 2. 패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다)송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것 3. 그 확정재판등의 내용 및 소송절차에 비추어 그 확정재판 등의 승인이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것 4. 상호보증에 있거나 대한민국과 그 외국법원이 속하는 국가에 있어 확정재판 등의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것을 요구한다.

외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판은 외국재판이 판결국법상 한국법의 형식적 확정력에 상응하는 효력을 갖게 되었음을 말한다.⁵¹⁷⁾ 따라서 단순히 가집행선고가 붙은 외국재판이 당해 외국에서는 집행될 수 있더라도 확정되지 않은 이상 한국에서 승인될 수 없으며, 영미법상으로는 1심 판결이 선고되어 'final and conclusive(최종적이고 종국적인)'하여 당해 법원을 구속하더라도 항소가 제기되어 우리 법상의 형식적 확정력에 상응하는 효력이 발생하기 전이라면 확정판결에 해당한다고 할 수 없다.⁵¹⁸⁾ 과거에는 법 문언에서 '확정판결'만을 규정하고 있었으나, 외국 결정 등의 그 밖의 재판도 명시적으로 승인대상에 포함하기 위해 제217조의 제목인 "외국판결의 효력"을 "외국재판의 승인"으로, 외국법원의 "확정판결"을 외국법원의 "확정판결 또는 이와 동일한

517) 이하의 내용은 석광현, "민사 및 상사사건에서의 외국판결의 승인 및 집행", 국제사법과 국제소송 제1권(2002), 263면 이하 참조.

518) 석광현(註 517), 265면.

효력이 인정되는 재판”으로 수정한 것이다(제217조 제1항). 이는 한국 법원 이외의 법원 기타 사법기관에서 내려진 민사 및 상사에 관한 재판으로서 사법상의 권리관계에 관한 재판을 의미한다. 재산상 청구에 관한 것이든 신분상 청구에 관한 것이든 무방하고, 금전지급을 명하는 재판뿐만 아니라 작위 혹은 부작위를 명하는 재판도 포함된다.⁵¹⁹⁾ 외국 재판의 승인은 그 효력을 우리나라에서 인정하는 것이므로 외국재판이 유효할 것을 전제로 한다.⁵²⁰⁾ 중국재판이어야 하므로 중간 판결은 승인의 대상이 되지 않는다.⁵²¹⁾ 따라서 보전처분은 채무자보다 채권자를 보호할 가치가 훨씬 크다고 인정되는 경우라면 승인 및 집행될 수 있다는 견해도 있으나, 기본적으로 중국재판이 아니므로 승인의 대상이 되지 않는다고 볼 것이다.

제1호에서 규정하고 있는 국제재판관할의 문제는 외국법원이 선고한 판결을 한국 법원이 승인 및 집행하기 위한 전제로서 재판국인 당해 외국이 국제재판관할을 가지는가라는, 간접관할의 문제이다.⁵²²⁾ 간접관할을 결정하는 기준에 관하여는 직접관할과 동일한 원칙에 따라 판단하는 것이 다수설 및 판례의 견해이다.⁵²³⁾ 그 기준에 관하여는 2. 국제재판관할을 결정하는 기준과 관련한 문제(p.105 이하)에서 본 바를 따르면 될 것이다.

제2호의 송달의 대상과 관련해서는 과거에는 패소한 피고가 대한민국 국민인 경우로 한정하고 있었으나, 2002년 민사소송법 개정 시에 피고의 국적을 한정하는 문언을 삭제했다. 적법한 방식에 따라 송달받았음을 판단하는 기준은, 절차는 법정지법에 따른다는 국제사법의 일반원칙에 따라 재판국법에 의한다. 이는 또한 승인국법에 따라 송달의 방법을 정한다면 송달 당시에는 장차 어느 나라에서 승인을 구할 것인지 알 수 없게 되기 때문이다.⁵²⁴⁾ 그러나 송달의 방법은 승인국의 주권을 침해하는 것

519) 석광현(註 517), 267면.

520) 석광현(註 517), 264면.

521) 석광현(註 517), 266면.

522) 석광현(註 517), 273면.

523) 석광현(註 517), 273면.

524) 석광현(註 517), 297면.

이어서는 아니되고, 송달의 적법성은 재판국법과 국제조약 및 국제민사사법공조법에 비추어 적법한 것이어야 한다.⁵²⁵⁾ 방어에 필요한 시간적인 여유를 갖추었다고 하기 위해서는 단순히 재판국의 송달기간을 준수한 것만으로는 부족하고, 번역에 소요되는 시간(특히 헤이그송달협약 제5조에서는 동 협약에 의거해 서류가 송달될 경우에는 중앙당국은 그 문서가 피촉타국의 공용어 또는 공용어중의 하나로 기재되거나 번역될 수 있도록 요청할 수 있다고 규정하고 있다), 외국의 변호사를 접촉하기 위한 시간, 적절한 소송준비를 위해 필요한 시간과 절차의 성격 등 사안의 구체적인 사정을 고려해서 결정해야 할 것이다.⁵²⁶⁾ 동조의 취지는 자신을 방어하기에 필요한 조치를 취할 기회가 부여되어야 한다는 점에 있다. 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다2585판결은 여기서의 송달은 통상의 송달 방법에 의한 송달 - 즉, 교부송달만을 의미하는 것으로 판시한 바 있다.

제3호의 요건은 승인국의 본질적인 법원칙 - 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치 관념과 정의관념에 반하는 외국재판의 승인을 거부함으로써 국내법질서를 보존하는 방어적 기능을 가진다 - 을 규정한 것이라 설명한다.⁵²⁷⁾ 여기서 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’는 민법 제103조와 구별되는 이른바 ‘국제적 공서’를 의미한다고 한다. 이는 공서위반의 여부를 판단함에 있어 국내적 기준에만 따를 것이 아니라 외국의 관념도 참작할 것을 요구하는 것이며, 또한 준거법이 외국법이더라도 양보할 수 없는 공서를 의미한다.

제4호의 상호보증이란 우리나라가 외국재판을 승인하는 것과 마찬가지로 당해 외국도 우리 판결을 승인하는 것, 즉 상호주의가 보증되는 것을 말한다. 상호보증을 요구하는 근거로는 외국으로 하여금 한국판결을 승인하도록 하는 압력수단으로 사용하고 한국만이 일방적으로 외국재판을

525) 석광현(註 517), 297면. 예컨대 우리 정부는 헤이그송달협약에 가입하면서 “협약 제8조에 따라 대한민국은 재판상 문서가 촉탁국의 국민에게 송달되는 경우를 제외하고는, 대한민국 영역 안에서 외교관 또는 영사를 통하여 직접 동 문서를 송달하는 데 반대한다.”고 선언을 한 바 있다. 이는 다른 체약국이 외교관 또는 영사를 통해 한국으로 송달하는 경우 자국민에 대해서만 이를 허용하고 대한국민 또는 제3국민에 대해서는 반대한다는 취지이다.

526) 석광현(註 517), 298면.

527) 석광현(註 517), 298면.

승인함으로써 입게 되는 불이익을 방지하며, 한국의 재판을 승인하지 않는 나라에 대해 보복을 가하여 당해 외국으로 하여금 한국 재판의 승인요건을 완화하도록 함으로써 양국의 승인요건이 균형을 이루도록 하기 위한 법정책적인 고려에 있다.⁵²⁸⁾ 판례는 상호보증의 요건의 구비 정도와 관련해서 “우리나라와 외국 사이에 동종 판결의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 외국에서 정한 요건이 우리나라에서 정한 그것보다 전체로서 과중하지 아니하며 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없는 정도”라면 민사소송법 제217조 제4호에서 정하는 상호보증의 요건을 구비하였다고 봄이 상당하다⁵²⁹⁾고 판시한 바 있다.

제217조의2는 손해배상에 관한 확정재판등이 대한민국의 법률 또는 대한민국이 체결한 국제조약의 기본질서에 현저히 반하는 결과를 초래할 경우에는 해당 확정재판등을 승인할 수 없도록 하는 취지에서 신설된 조문이다. 협약 제11조에서는 재판의 승인 또는 집행은 그 재판이, 당사자에게 징벌적 손해배상을 포함하여 실제로 입은 손실 또는 손해를 전보하는 것이 아닌 이상 손해배상을 인용하는 경우 그 범위 내에서는 거부될 수 있다고 규정하는바, 이와 같은 협약의 영향을 받은 것이라 볼 수 있다. 판례는 동 조문에 대해 “이는 징벌적 손해배상과 같이 손해전보의 범위를 초과하는 배상액의 지급을 명한 외국법원의 확정재판 등의 승인을 적정범위로 제한하기 위하여 마련된 규정이다. 따라서 외국법원의 확정재판 등이 당사자가 실제로 입은 손해를 전보하는 손해배상을 명하는 경우에는 민사소송법 제217조의2 제1항을 근거로 승인을 제한할 수 없다.”⁵³⁰⁾고 판시한 바 있다. 당사자가 실제로 입은 손해를 전보하는 것을 외국법원이 명하는 경우라면 손해배상제도의 이념에 비추어 볼 때 불합리하다고 볼 수 없으므로 제217조의2 제1항을 적용하지 않은 것이다. 법제처에서 밝히고 있는 민사소송법 제217조의2 제1항의 입법취지는 손해

528) 석광현, “사기에 의한 외국판결승인의 공서위반여부와 상호보증”, 국제사법과 국제소송 제4권(2007), 263-265면.

529) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결

530) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결, 2016. 1. 28. 선고 2015다207747 판결

배상에 관한 확정재판 등이 대한민국의 법률 또는 대한민국이 체결한 국제조약의 기본질서에 현저히 반하는 결과를 초래할 경우에는 해당 확정재판 등을 승인할 수 없도록 하는 점에 있다고 보느냐, 동 대법원 판결은 과도한 손해배상에 대한 통제를 폐기한 것으로 볼 수 없다.

나. 재판의 집행과 관련하여

외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 “확정재판등”이라 한다)에 기초한 강제집행은 대한민국 법원에서 집행판결로 그 강제집행을 허가하여야 할 수 있다(민사집행법 제26조). 즉, 외국 판결의 승인만으로 끝나는 것이 아니라 별도의 집행판결을 구하는 절차가 필요한 것이다. 집행판결은 재판의 옳고 그름을 조사하지 아니하고 하여야 한다(민사집행법 제27조 제1항). 우리 법은 일본 민사소송법과 마찬가지로 독일 민사소송법의 예에 따라 외국재판의 승인과 집행을 개념적으로 명확히 구별하고 법체계상으로도 분리하여 규정한다.⁵³¹⁾ 이는 확정판결의 효력 중 집행력은 기관력이나 형성력과 같은 관념적인 것에 그치지 않고 현실적인 것일 뿐만 아니라, 집행기관의 판단에 맡기는 것은 부적절하므로 특히 신중을 기하여 소에 의하여 그 효력을 주장하게 하고, 법원이 요건의 구비 여부를 심사한 다음 판결로써 그의 집행을 허가하는 취지의 선언을 한 때에 비로소 집행할 수 있도록 하기 위한 것이다.⁵³²⁾

대법원은 “민사집행법 제26조 제1항의 제도적 취지에 비추어 보면, 위 규정에서 정하는 ‘외국법원의 판결’이라고 함은 재판권을 가지는 외국의 사법기관이 그 권한에 기하여 사법상의 법률관계에 관하여 대립적 당사자에 대한 상호간의 심문이 보장된 절차에서 종국적으로 한 재판으로서 구체적 급부의 이행 등 그 강제적 실현에 적합한 내용을 가지는 것을 의미한다.”고 판시한 바 있다.⁵³³⁾

531) 석광현(註 517), 345면.

532) 석광현(註 517), 346면.

533) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다68910 판결.

2. 협약의 규정 및 시사점

가. 재판의 승인과 관련하여⁵³⁴⁾

협약은 원칙적으로 제8조에서 재판의 승인 및 집행을 허용하며 제9조 이하에서 승인거부사유를 소극적으로 열거한다. 이는 우리 민사소송법 제217조에서 승인을 위한 적극적인 요건을 요구하고 있는 것과 대비된다.

우리 법은 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판을 요구하고 있는데 비해서 협약은 이를 요구하지 않고 있다. 다만 재판이 상소의 대상인 경우 그 기간이 만료되기 전까지는 승인 또는 집행을 연기 또는 거부 ‘할 수’ 있다고 규정함으로써 구체적 타당성을 도모하고자 한다.

또한 협약은 송달의 적법성을 원칙적으로 요구하지 않는다. 우리 법에서는 재판의 승인을 위한 요건으로서 적법한 송달에 의해 절차가 진행되었을 것을 요구하는 점에서 차이가 있다. 협약 제9조 c호에 송달과 관련하여 승인 또는 집행의 거부 사유로 규정하고 있는 부분이 있으나, 제9조의 사유는 어디까지나 거부 ‘될 수’ 있다고 함으로써 기본적으로 재량사항으로 보고 있다. 송달의 방법과 관련해서는 우리 법은 공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다고 보고 있으며, 판례 또한 “이 때의 송달이란 보충송달이나 우편송달이 아닌 통상의 송달방법에 의한 송달을 의미”한다고 해석한 바 있다.⁵³⁵⁾ 그러나 이렇게 해석한다면 외국재판이 한국에서 승인 및 집행되기 위해서는 국내재판보다 더 엄격한 방식에 의해 송달이 이루어져야 하는 부당한 결과가 되는바 동 조문의 취지는 실제로 소송이 제기된 사실을 요지할 수 있는 송달방법이면 충분하다는 점에서 교부송달 뿐만 아니라 보충송달 또는 유치송달도 포함된다고 보아야 할 것이다. 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다207747 판결에서는 “민사소송법 제217조 제1항 제2호는 패소한 피고가 소장 등을 적

534) 석광현(註 1), 225-226면.

535) 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다2565판결

법한 방식에 따라 송달받았을 것 또는 적법한 방식에 따라 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것을 요구하는 것은 소송에서 방어의 기회를 얻지 못하고 패소한 피고를 보호하려는 데 목적이 있다. 따라서 법정지인 재판국에서 피고에게 방어할 기회를 부여하기 위하여 규정한 송달에 관한 방식과 절차를 따르지 아니한 경우에도, 패소한 피고가 외국 법원의 소송절차에서 실제로 자신의 이익을 방어할 기회를 가졌다고 볼 수 있는 때는 민사소송법 제217조 제1항 제2호에서 말하는 피고의 응소가 있는 것으로 봄이 타당하다.”고 판시했다.

협약은 제9조 d호에서 재판이 절차와 관련된 사기에 의해 획득된 것이 아닐 것, 동조 f호 및 g호에서 각각 승인국재판과의 저촉 및 승인국에서 승인될 수 있는 제3국 선행재판과의 저촉을 공서위반과는 별도의 승인거부사유로 열거한다. 이는 우리 법 제217조 제1항 제3호에서 이를 모두 공서위반의 문제로 처리하는 것과 대비된다. 그러나 내국판결과 외국판결이 저촉되는 경우의 처리에 관해서는 정책적인 판단이 필요하므로 단순히 절차적 공서에 맡기기보다는 개정법에서 명시적인 조항을 두는 것을 고려할 필요가 있다.⁵³⁶⁾

협약은 제8조 제2호에서 승인국의 법원은 결석재판이 아닌 한, 재판국 법원이 관할의 근거로 삼은 사실 인정에 구속된다고 규정한다. 그러나 우리 법에서는 일반적으로 재판국과 승인국은 각자 자기의 규칙에 따라 관할의 유무를 판단하므로 구속되지 않는다고 보는 견해가 유력하다.⁵³⁷⁾ 한편, 우리 법은 상호보증을 요구하는 데 반하여 협약은 이를 요구하지 않는다. 그러나 협약에 따라 계약국에서 승인 및 집행될 수 있는 재판은 다른 계약국의 재판에 한정되므로 실질적으로는 상호주의가 요구된다고 볼 것이다.

제3조의 공서위반과 관련하여 우리 판례⁵³⁸⁾는 “외국판결의 내용 자체가 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는 경우뿐만 아니라 그

536) 석광현, “외국판결의 승인 및 집행에 관한 입법론”, 국제사법과 국제소송 제1권(2002), 420-421면.

537) 석광현, “민사 및 상사사건에서의 외국판결의 승인 및 집행”, 국제사법과 국제소송 제1권(2002), 296면.

538) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213판결

외국판결의 성립절차에 있어서 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는 경우도 승인 및 집행을 거부할 사유에 포함된다고 할 것”이라고 보아 절차적인 공서위반을 독자적인 승인 거부 사유로 인정하고 있다. 그리고 “사기적인 방법으로 편취한 판결인지 여부를 심리한다는 명목으로 실질적으로 외국판결의 옳고 그름을 전면적으로 재심사하는 것은 외국판결에 대하여 별도의 집행판결제도를 둔 취지에도 반하는 것이어서 허용할 수 없으므로, 위조·변조 내지는 폐기된 서류를 사용하였다거나 위증을 이용하는 것과 같은 사기적인 방법으로 외국판결을 얻었다는 사유는 원칙적으로 승인 및 집행을 거부할 사유가 될 수 없”다고 보아 그 범위를 제한하고 있다. 이에 반해서 협약은 승인 또는 집행이 요청받은 국가의 공서에 명백히 반하는 경우에 대해 규정하면서 이는 재판에 이르게 된 특정 소송절차가 그 국가의 절차의 공평의 근본원칙과 양립되지 않은 상황을 포함한다고 보고 있다. 그리고 재판이 절차와 관련된 사기에 의해 획득한 경우는 공서에 명백히 반하는 경우와는 별도로 조문을 두고 있다. 과거 우리 민사소송법 조문은 “그 판결의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것”이라고 되어 있었으나, 이제는 내용 및 절차의 공서양속 위반으로 규정하고 있다. 어느 범위 내에서의 실정법 위반 행위를 내용 및 절차의 공서위반으로 볼 것인지는 앞으로 판례가 좀더 구체화해 나가야 할 부분이라 본다. 예를 들어, “하도급거래 공정화에 관한 법률” 제35조 제2항은 삼배배상제도를 도입하고 있다. 2017. 4. 18. 개정되고 2018. 4. 19. 시행 예정인 제조물책임법 제3조 제2항에서도 “제1항에도 불구하고 제조업자가 제조물의 결함을 알면서도 그 결함에 대하여 필요한 조치를 취하지 아니한 결과로 생명 또는 신체에 중대한 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 이 경우 법원은 배상액을 정할 때 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.”고 규정하고 있다. 현행법에서 삼배배상제도를 도입한 이상 우리 법원이 재판하는 단계와 외국재판을 승인 및 집행하는 단계에서 각각 외국법의 적용과 삼배배상의 지급을 명한 외국재판의 승인 및 집행이 당

연히 우리의 공서에 반한다고는 할 수 없다고 할 것이다.

나. 재판의 집행과 관례해석

우리 법에 따르면 재판의 집행을 위해서는 별도의 집행판결을 받을 것을 요구하나, 협약은 이와 같은 요건을 요구하지 않는다. 협약은 우리 법에 비해서 외국 재판의 집행을 용이하게 보고 있는 것이다.

외국 재판의 집행을 허가하는 형식을 어떻게 정할 것인지는 입법 정책적 문제이다.⁵³⁹⁾ 현행 민사집행법은 집행판결을 요구하고 있다. 집행판결을 받기 위해서 필수적 변론 절차를 거치며, 또한 제1심판결 전에는 집행절차로 나아갈 수 없다. 이와 같이 집행판결을 요구하는 것은 당사자의 부담을 가중시킬 수 있다. 일례로, 원고가 중재신청을 1996년 3월 28일에 하고 최종 홍콩중재판정이 1998년 7월 14일에 내려졌으나, 사건이 12년 가까이 지난 대법원 2010. 4. 29. 선고 2010다3148판결에 의해서 확정된 경우가 있다. 이와 관례해석, 협약의 취지에 맞도록 신속한 재판의 집행을 보장하기 위해서는 현행 민사집행법에서 집행판결을 요구하는 것을 집행결정을 요구하는 것으로 개정하는 것이 바람직하다고 본다는 견해가 있다.⁵⁴⁰⁾ 다만 이 경우 집행결정의 결정이라는 성질로 1. 집행력의 처리에 어려움이 있고 2. 결정에는 기판력이 없으므로 문제를 야기할 소지가 있다는 반론이 있다. 그러나 이 견해에서는 이와 같은 반론은 집행결정을 통상의 결정으로 보는 경우에 해당하는 설명이라고 본다. 협약과 관례해석은 결정이므로 임의의 변론에 의한다는 점, 즉시항고에 의하여 불복하도록 하는 점은 결정에 관한 통상의 법리를 따라도 좋으나, 소송비용 부담자를 정할 필요가 있고, 이유를 기재한 결정서를 작성하여 고지하고 이를 송달할 필요가 있으며, 법원에 대해 기속력뿐만 아니라 기판력도 있고 그에 의하여 외국중재판정에 대해 집행력이 부여되어야

539) 이하의 내용은 석광현, “외국중재판정의 승인·집행제도의 개선방안”, 국제사법연구 제16권(2010), 164면 이하 참조. 동 논문은 외국중재판정의 승인 및 집행에 관해서 다루고 있으나, 재판의 승인 및 집행과 관례해석도 같은 맥락에서의 논의가 적용될 수 있다.

540) 석광현(註 539), 173면 이하.

한다는 점에서 민사집행법에 별도의 규정을 두는 것이 타당하다고 본다.⁵⁴¹⁾ 실무상으로는 집행재판을 판결로 하든 결정으로 하든 큰 차이가 없다고 볼 수 있으나, 결정에 의할 수 있는 길을 열어둔다면 제한된 사건에서나마 결정으로 할 수 있는 가능성이 있다는 것이다.

2016년 중재법은 제37조 제1항 단서에서 “다만, 당사자의 신청이 있는 경우에는 법원은 중재판정을 승인하는 결정을 할 수 있다”고 규정하고, 동조 제2항에서도 “중재판정에 기초한 집행은 당사자의 신청에 따라 법원에서 집행결정으로 이를 허가하여야 할 수 있다”고 개정된 바 있다.⁵⁴²⁾ 집행결정제의 도입은 독일과 일본의 중재법을 본받은 것으로 중재판정에 기한 강제집행을 가급적 신속하게 하기 위한 것이다.⁵⁴³⁾ 독일에서의 중재판정의 집행가능선언은 결정의 형식에 의하는데(제1063조 제1항) 이는 기판력이 있으며, 일본에서도 다수설은 집행결정의 기판력을 인정한다.⁵⁴⁴⁾ 현행 민사집행법에서 집행판결을 요구하는 것을 집행결정을 요구하는 것으로 개정하는 것이 바람직하다고 본다는 견해에 따르면, 중재법에서의 논의는 소송에서도 유효하다고 볼 수 있다. 기판력의 기준 시기는 집행결정의 변론종결 또는 심문종결 시로 보면 된다고 설명한다.⁵⁴⁵⁾ 이 경우 집행결정에 가집행을 붙일 수 있으며, 법원으로서도 원칙적으로 가집행을 붙이는 방향으로 실무처리를 해야 하며, 다만 집행결정 후 집행거부사유가 발견되어 상대방이 회복할 수 없는 손해를 입을 것에 대비해서 변론을 열지 않은 경우에는 반드시 담보를 제공하도록 하는 방안을 고려하거나, 가집행선고에 관한 일반이론에 따라 담보부가집행선고를 할지 무담보부가집행선고를 할지 법원의 결정에 맡길 수 있을 것이라

541) 석광현(註 539), 176-177면.

542) 2016년에 중재법을 개정하며 집행결정을 도입한 이유에 대해서는, “제37조 제1항에서 중재판정의 승인·집행을 판결이 아닌 결정으로 하도록 하는 등 우리나라 중재제도를 국제기준에 맞게 선진화함으로써 중재 친화적인 환경을 조성하려는 것”이라 설명한다. 법제처 홈페이지 참조 : (<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=183534&lsId=&efYd=20161130&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000>)

543) 석광현, “2016년 중재법에 따른 국내중재판정의 효력, 취소와 승인·집행에 관한 법리의 변화”, 한양대학교 법학논총(2017) Vol.34, p. 479.

544) 석광현(註 543), p. 480.

545) 석광현(註 543), p. 480.

는 것이 위에서 소개한 견해의 내용이다.⁵⁴⁶⁾

협약 제14조에서는 재판의 집행의 절차는 이 협약이 달리 규정하지 않는 한 승인 또는 집행국의 법에 의해 규율된다고 규정하고 있는바, 우리나라의 경우에도 민사집행법 제27조 제1항에 의해 실질 재심사 금지 원칙이 적용된다고 할 것이다.

VI. 손해배상과 관련한 논의

우리 법	협약
<p>민사소송법 제217조의2 (손해배상에 관한 확정재판 등의 승인)</p> <p>① 법원은 손해배상에 관한 확정재판 등이 대한민국의 법률 또는 대한민국이 체결한 국제조약의 기본질서에 현저히 반하는 결과를 초래할 경우에는 해당 확정재판 등의 전부 또는 일부를 승인할 수 없다.</p> <p>② 법원은 제1항의 요건을 심리할 때에는 외국법원이 인정한 손해배상의 범위에 변호사보수를 비롯한 소송과 관련된 비용과 경비가 포함되는지와 그 범위를 고려하여야 한다.</p>	<p>제11조 손해배상</p> <p>1. 재판의 승인 또는 집행은 그 재판이, 당사자에게 징벌적 손해배상을 포함하여 실제로 입은 손실 또는 손해를 전보하는 것이 아닌 손해배상을 인용하는 경우 그 범위 내에서는 거부될 수 있다.</p> <p>2. 요청받은 법원은 재판국의 법원이 인용한 손해배상이 소송과 관련된 비용과 경비를 전보하는지의 여부와 그 범위를 고려해야 한다.</p>

⁵⁴⁶⁾ 석광현(註 543), p. 482.

우리 민사소송법이 2014년에 개정되면서 둔 조문은 외국의 징벌적 손해배상을 명한 확정판결의 승인 및 집행과 관련해서 종래 동법 제217조 제3호의 공서양속 위반에 해당한다고 해석론을 전개해 오던 것을 명문 규정을 둠으로써 해결하고 있는 것이다. 협약에서처럼 징벌적 손해배상이 명시되어 있지는 않지만, 조문에 의해 포섭이 가능하다고 본다. 협약에서 규정하는 징벌적 손해배상 또한 실제로 입은 손실 또는 손해가 아님에도 과도하게 배상을 명하는 것은 문제가 될 수 있다는 고려 하에서 예시적으로 삽입한 조문이기 때문이다. 협약에는 소송과 관련된 비용에 변호사비용에 대한 언급이 되어 있지 않고, 따라서 소송비용에 변호사비용을 포함할 것인지에 대해서는 견해대립이 있다. 우리 법은 ‘변호사보수를 비롯한 소송과 관련된 비용과 경비’라 언급함으로써 이 부분을 입법적으로 해결하였다.

VII. 보험계약과 재보험계약(제17조) - 특히 징벌적 손해배상 부분 관련해서

협약 체결로 인한 영향이 가장 클 것이라 예상되는 분야는 보험 분야로 보고 있다. 현재 미국에서 보험과 관련해서 규율하는 내용들을 보면 그 동안 외국 보험계약자들에게 높은 수준의 보험료를 지불할 것을 요구해 왔는데, 동 협약에 의해 외국에서 받은 판결을 바로 미국에서 집행할 수 있게 된다면 굳이 미국 보험회사와 계약을 체결할 필연적인 이유가 없어지는 것이다. 이는 협약의 발효로 초래되는 긍정적인 면이다.

주의할 것은, 협약의 적용 범위이다. 협약은 모든 형태의 보험계약을 원칙적으로 규율 대상으로 삼는다. 협약의 적용범위로부터 배제되는 사항들이라고 하더라도, 이를 대상으로 삼아 보험계약의 책임 범위에 포함시킬 수 있다. 특히 우리나라 보험회사가 보험계약을 체결하면서(주로 손해보험의 영역에서 문제가 될 수 있다) 미국 법원을 관할법원으로 하는 경우에, 명시적으로 징벌적 손해배상에 관한 부분은 보험계약에서 보장되지 않는다는 약관을 둘 필요가 있다. 협약에 따른다면 보험계약과

관련해서는 징벌적 손해배상을 명한 판결을 받은 경우에 이를 거부할 근거가 없기 때문이다.

VIII. 인터넷과 전자상거래(e-commerce)와 관련된 논의

기본적으로 협약은 인터넷과 전자상거래도 적용 대상으로 삼는다. 그러나 인터넷과 전자상거래에서는 당사자들 간의 대등한 협상력이 보장되지 않으므로 현실적으로 당사자 간 교섭이 이루어지지 않는 계약(non-negotiated contracts)의 경우에는 협약의 적용 범위로부터 배제되는 견해가 있다. 협약이 처음으로 직접적으로 논의되기 시작한 것은 1992년인데, 이 시점에서는 인터넷이나 전자상거래에 대한 이해가 깊지 않았기에 협약 또한 이 부분을 염두에 두지 않았다는 것이다.⁵⁴⁷⁾ 따라서 click-wrap agreement나 browse-wrap agreement의 경우에는 적용하지 않도록 하자는 주장이 있다. 이 주장은 협약이 기본적으로 B2B 거래에만 적용되고 B2C 거래에는 적용되지 않는다는 점을 이용, 소비자(Consumers)의 개념을 확대해서 해석하는⁵⁴⁸⁾ 방법으로 해당 내용들을 협약의 적용 범위에서 제외할 수 있는 가능성이 있다고 한다. 그보다 더 확실하게 협약의 적용 범위로부터 배제하고자 하는 방법은, 협약 제21조의 유보 조문을 이용하는 것이라 본다.⁵⁴⁹⁾ 혹은, 협약상의 공서 조항을 이용해서 click-wrap 조항을 배제해야 한다는 주장들도 있다.⁵⁵⁰⁾

그러나 인터넷이나 전자상거래야말로 날로 증가하는 국제거래의 대표적인 유형이라는 점에서, 이 부분을 협약 제21조를 적용해서 배제하자는 주장에는 설득력이 없다. 실제로 당사자들 간 협상력의 차이가 있더라도,

547) Dan Jerker B Svantesson, "The choice of courts convention: How will it work in relation to the internet and e-commerce?", *Journal of Private International law*(2009), p. 517.

548) Svantesson(註 547), p. 528.

549) Svantesson(註 547), p. 535.

550) Kari Bruce, "The Hague Convention on Choice-of-Court Agreements: Is the Public Policy Exception Helping Click-away the Security of Non-negotiated agreements?", *Brooklyn Journal of International Law*(2007), p. 1108.

이는 인터넷이나 전자상거래가 아닌 경우에도 문제될 수 있는 여지가 있는 부분이다. B2B 거래에서 특정한 경우를 B2C 거래로 보는 것은 문리 해석의 범위를 벗어난 부분이라고 생각한다. 또한, 판례법 국가의 선례들을 조사해보면 공서 조항에 의한 예외 인정의 여지는 매우 좁다. 공서 조항에 의한 예외는 헌법 위반과 같은 경우에만 인정된다.⁵⁵¹⁾ 실제로 click-wrap 조항이 공서에 위배된다고 보기는 어려울 것이다.

IX. 국제재판관할합의계약의 실효성 확보를 위한 노력

1. 국제사법에 국제재판관할합의에 관한 규정 마련의 필요성

현재 국제사법의 규정 중 특히, 국제재판관할합의에 대해서 별도로 규율하고 있는 조항은 없다. 이는 국제사법 개정시 당시에 헤이그 국제사법회의 차원에서 국제재판관할에 관한 전 세계적인 새로운 협약의 채택이 막바지에 이르렀기 때문에 당시의 단계에서는 완결된 내용의 규정을 두기 어렵다는 이유로 과도기적인 조치로서 국제사법 제2조에서 일반 원칙만을 규정한 결과이다.⁵⁵²⁾ 이제는 전속적 국제재판관할합의에 관해서는 헤이그 재판관할합의협약이 시행되고 있으므로 이 부분을 반영한 내용을 둘 필요가 있다.

국제사법 제2조 제1항에서는 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 ‘실질적 관련’이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다고 보고 있다. 판례는 “국제재판관할은 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 기본이념에 따라 결정하여야 한다. 구체적으로는 소송 당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아

551) Kari Bruce(註 550), p. 1130.

552) 한찬식, “섭외사법 개정작업 추진경과 및 개정 주요골자”, 법조 533호(2001), 160면. 국제사법에 더 많은 국제재판관할규칙을 들수록 제2조 특히 제2항의 의미는 감소한다. 이런 취지를 반영하면, 특별관할규칙을 두는 법률관계에 관하여는 제2조를 적용하지 않고 특별관할규칙을 두지 않은 법률관계에 관하여만 제2조를 적용하는 것이 바람직하다고 본다. 석광현, “한국의 국제재판관할규칙의 입법에 관하여”, 국제거래법연구 21(2)(2012), p. 150.

나라 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등과 같은 법원 내지 국가의 이익도 함께 고려하여야 하고, 이러한 다양한 이익 중 어떠한 이익을 보호할 것인지는 개별 사건에서 법정지와 당사자 사이의 실질적 관련성 및 법정지와 분쟁이 된 사안 사이의 실질적 관련성을 객관적인 기준으로 삼아 합리적으로 판단하여야 한다.”⁵⁵³⁾ 고 하여 기본적으로 실질적 관련성을 요구하고 있다. 특히 제조물책임을 묻는 소에서 “실질적 관련성을 판단함에는 당해 손해발생지내에서의 거래에 따른 이익을 향유하려는 제조자의 의도적인 행위가 있었는지”를 고려의 기준으로 삼을 것이라고 한다.⁵⁵⁴⁾ 그러나 이와 같은 해석을 유지하려 한다면 당사자들이 의도적으로 중립적인 제3국으로 관할법원을 선택하기로 하는 합의를 부인해 버릴 우려가 있다. 일본 민사소송법도 이와 같은 요건을 요구하지 않고 ‘일정한 법률관계’에 기한 것만을 요구하고 있다(일본 민사소송법 제3조의7 제2항). 실질적 관련이라는 문구는 장기적으로는 삭제하는 것이 바람직하지만, 현재로서는 당사자들의 ‘합의’가 있었다는 사실을 실질적 관련성을 인정하는 하나의 요건사실로 삼는 해석이 필요하다고 본다.

국제사법 제2조 제2항에서는 법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단할 권한을 가진다고 규정한다. 민사소송법 제29조에서는 합의관할과 관련한 조문을 두면서 합의는 일정한 법률관계로 말미암은 소에 관하여 서면으로 할 것을 요구한다. 협약은 추후 참조를 위하여 사용될 수 있도록 정보에의 접근을 가능하게 하는 그 밖의 통신 수단을 통한 관할합의의 가능성에 대해서도 인정하고 있으므로 추후 민사소송법에 이를 반영한 조문을 둘 필요가 있다.

2. 소송유지명령(anti-suit injunction) : 배상 조항(indemnity clause)에 대한 근거 마련

가. 소송유지명령의 근거 마련

553) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539판결

554) 대법원 1995. 11. 27. 선고 93다39607판결

일방당사자가 재판관할합의를 위반해서 합의하지 않은 법원에 제소할 가능성이 있거나 실제로 제소한 경우에 소 제기 및 소송 수행을 금지하는 소송유지명령을 허용할 필요가 있는지, 현행법 하에서 이와 같은 소송 형태가 인정되는지, 인정된다면 어떻게 해석론을 전개할 것이며 인정되지 않는다면 법조문을 어떻게 제정할지에 대해 논의의 여지가 있다.⁵⁵⁵⁾ 협약 제7조의 해석에서 본 바대로 협약 하에서 소송유지명령이 허용되는지에 대해서는 견해대립이 있는바, 어떻게 보는 것이 우리의 입장에서 더 유리할 것인지 검토할 필요가 있다.

우리는 민사집행법 제300조 제2항에서 임시의 지위를 정하는 가처분을 인정한다. 우리 법제상 외국에서의 소송 자체의 중지를 청구하는 소를 제기할 수 있는 실체법적 근거가 없다는 점에서 소송유지명령을 부인할 수 있다는 해석이 가능한 반면, 소송유지명령을 임시의 지위를 정하는 가처분의 일종으로 보고 허용하자는 해석도 가능하다. 만약 해석상 소송유지명령이 허용된다면 1. 우리 법원에 국제재판관할이 있어야 하고 2. 피보전권리가 있어야 하며 3. 보전의 필요성이 인정되어야 한다. 우리 법원을 전속적 국제재판관할법원으로 합의한 경우에는 1. 요건을 충족했다고 볼 수 있으며, 협약은 선택된 법원에서의 관할권 행사만을 허용하고 (제5조) 선택되지 않은 법원에서의 소송절차의 중지 또는 소 각하 의무를 규율하고 있으므로(제6조) 2. 요건도 충족했다고 볼 수 있다. 또한 다른 법원에서의 소송에 따르는 시간, 노력, 비용이 문제될 수 있다는 점에서 소송유지명령을 발할 필요성도 인정된다고 본다. 소송유지명령은 대인적인 구제수단이므로 이를 발한다고 해서 외국법원에 계속 중인 소송이 직접 중지되는 것은 아니며, 외국법원도 그 명령을 따라야 하는 것은 아니나,⁵⁵⁶⁾ 일정한 금액 이상의 손해배상을 명하는 간접강제를 통한 실효성 확보를 강구해 볼 수 있다.⁵⁵⁷⁾

555) 이하의 내용은 석광현, “국제상사중재에서 중재합의와 소송유지명령(anti-suit injunction)”, 국제사법과 국제소송 제5권, 649면 이하 참조.

556) 석광현(註 555), 663면.

557) 실제로 미국에서도 재판관할합의의 효력을 확실하게 보장하기 위해서 미국 법원이 anti-suit injunction 법리를 적용하는 것을 권유하는 입장이 있다. Heiser, Walter W, “Using anti-suit injunctions to prevent interdictory actions and to

나. 배상조항의 근거 마련

소송유지명령의 허용여부와 같은 맥락에서, 관할합의를 위반할 경우 손해배상책임을 인정할 수 있는지가 문제된다. 이는 특히 관할합의를 위반한 경우 배상조항(indemnity clause)을 둔다면, 그 효력을 인정할 수 있는지의 문제가 제기된다.

실무상으로는 관할합의는 약관의 형태로 체결되는 경우가 많다. 약관의 구속력을 인정하는 근거에 대해서는 약관이 법규범의 일종이기 때문이라는 견해도 있으나, 당사자가 그 약관을 계약에 포함시키기로 합의하였기 때문이라는 것이 다수 견해이다.⁵⁵⁸⁾ 판례 또한 “보통보험약관이 계약당사자에 대하여 구속력을 갖는 것은 그 자체가 법규범 또는 법규범적 성질을 가진 계약이기 때문이 아니라 보험계약당사자 사이에서 계약내용에 포함시키기로 합의하였기 때문이라고 볼 것”이라 판시한 바 있다.⁵⁵⁹⁾ 따라서 약관은 재판관할합의의 일부로서 다루면 될 것이라고 본다.

문제는 약관의 효력을 인정한다면 약관의 규제에 관한 법률에 의한 규율을 인정할 수 있는가이다. 이는 약관의 규제에 관한 법률이 국제적 강행규정인 것으로 볼 수 있느냐에 관한 문제와도 연결된다. 위에서 본 바대로 판례는 “약관의 규제에 관한 법률의 입법 목적을 고려하면, 외국법을 준거법으로 하여 체결된 모든 계약에 관하여 당연히 약관의 규제에 관한 법률을 적용할 수 있는 것은 아니다.”고 판시하여 약관의 규제에 관한 법률의 국제적 강행규정성을 부인하고 있다. 설령 약관의 규제에 관한 법률을 국제적 강행규정으로 보아 그 적용을 인정한다고 하더라도, 동법 제14조에서는 부당하게 불리한 재판관할의 합의 조항을 무효라고 본다는 규율만을 하고 있으므로 조문이 그 자체로 손해배상책임을 발생시키는 근거로서 작용한다고 보기는 어렵다.

enforce choice of court agreements”, Utah Law Review, Summer, 2011, Vol.2011(3), p. 869.

558) 송옥렬(註 73), 10면-12면.

559) 대법원 1985. 11. 26. 선고 84다카2543판결.

따라서 관할합의를 위반한 경우 이에 대한 제재수단으로서 별도의 배상조항(indemnity clause)을 두어서 해결하는 방향을 생각해 볼 수 있다. 관할합의의 법적 성격이 소송행위인지 사법행위인지를 고려해서 배상조항의 법적 성격도 이에 상응하는 것으로 이론 구성을 하는 방안도 생각해 볼 수 있으나, 실질적으로 문제 해결에 도움이 되는 논의는 아니다. 관할합의의 유효성 여부 판단은 사법 규정을 유추적용해서 해결할 수 있다는 민사소송법계의 논의에 따라 관할합의를 위배해서 다른 법원에 소를 제기한 경우에는 배상조항에 근거한 손해배상책임을 지우는 식으로 이론 구성을 하는 것이 간명하다고 생각한다.

X. 부적절한 법정지의 법리 도입의 가능성?

부적절한 법정지의 법리의 도입 여부는, 협약의 실효성 확보 측면에서 볼 때 소송유지명령의 허용 여부와 같은 맥락에서 파악할 수 있을 것이다. 우리 법원이 국제재판관할을 가지더라도, 국제재판관할을 가지는 외국의 법원이 있고, 그 법원이 명백히 보다 적절한 법원이라는 예외적인 사정이 있는 경우에는, 부적절한 법정지의 법리 이론을 적용해서 소송절차를 중지할 수 있는 가능성을 상정해 볼 수 있다. 일반적으로 대륙법계에서는 관할에 관해서 정해진 규정을 두어 해결하려고 하며 부적절한 법정지의 법리를 인정할 경우 자의적인 법 해석의 가능성이 있다는 점을 들어 이 이론을 경계한다. 반면에, 보통법계에서는 부적절한 법정지의 원칙이 오히려 정의라는 목적 달성을 위한 토대가 되며, 당사자들 입장에서라도 가장 효율적인 법원을 선택할 수 있는 근거가 된다고 본다.⁵⁶⁰⁾

그러나 이 법리는 어디까지나 국제관할 결정에서의 유연성을 부여하기 위한 것이지 당사자들의 원하는 법정에서의 심리를 받을 이익을 침해하고자 하는 것이 아니므로 도입되더라도 국제재판관할합의에 관해서는 적용하지 않는 것이 타당하다고 본다. 특히 협약과 같이 당사자들이 명시적으로 달리 정하고 있지 않는 한 관할합의의 법적 성격을 전속적 관할

⁵⁶⁰⁾ Richard Fentiman(註 443), p. 16.

합의로 보고 있는 경우에는 더욱 그러하다.

XI. 우리 나라가 협약 가입시 취해야 할 조치

협약에 가입하는 경우 협약의 실효성 보장을 위해 별도로 이행입법(enforcement law)을 해야 하는지가 문제된다. 우리나라가 전에 가입한 헤이그협약들 중 송달협약(2000. 8. 1. 발효), *Apostille* 협약(2007. 7. 14. 발효)과 증거협약(2010. 2. 12. 발효)과 관련해서는 별도의 이행법률을 제정하지 않았다. 반면에 국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약(2013. 3. 1. 발효)과 관련해서는, 탈취협약 가입을 위해 국회가 2012. 12. 11. “헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률”을 제정한 바 있다.⁵⁶¹⁾

협약은 그 성안 과정에서 타 국가의 법 제도를 최대한 존중하려는 방향으로 논의되었다. 실제로 협약 문언 상으로도 협약은 상당 부분 내국법이 정하는 절차에 따를 것을 규정하고 있다. 현 단계에서는 협약의 실효성 보장을 위한 별도의 이행입법을 하기보다, 현행 국제사법, 민사소송법 및 민사집행법 조문을 개정하는 것이 더 바람직한 방향이라고 생각한다.⁵⁶²⁾

561) 석광현, “국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약과 한국의 가입”, 서울대학교 법학 제54권 제2호(2013. 6.), 107면. 동 논문에서는 탈취협약의 규정은 충분히 명확하고 중립적이어서, 명백히 이행조치를 필요로 하는 조항을 제외하고는 국내법에 편입하는 절차가 없이도 본질적으로 자기 집행적(self-executing)이므로 이행법률이 필요한가는 논란의 여지가 있으나, 필요하다고 보았다. 그 논거로, 탈취협약이 정한 약식의 절차에 의한 아동의 반환(return)은 우리 국내법이 상정하는 절차가 아니므로 탈취협약에 따른 아동반환청구에 대하여 가사소송법 마류(類) 가사비송사건에 관한 준용 근거를 마련할 필요가 있기 때문이라고 보고 있다.

562) 석광현, “Proposed Amendments of the Private International Law Act of Korea: With a Focus on the Rules of International Jurisdiction”, HCCH Asia Pacific Week 2017 Program book, 10면에서는 현행 민사소송법에는 별도의 규정이 없지만 대법원이 전속적 국제재판관할합의와 관련해서 ‘합리적 관련성’ 요건을 요구하고 있는 것을, 협약의 내용을 반영한 개정 민사소송법 잠정 초안에서는 합리적 관련성 요건을 제외한 요건 규정을 둘 것이라 설명한다.

제8장 결론

이 장에서는 우리나라가 협약에 가입해야 하는 이유는 무엇인지, 그 경우 어떠한 점에 주의를 기울이고 대비를 해야 하는지, 협약 가입시 선언할 사항은 무엇인지를 검토하면서 본고를 마무리하고자 한다.

협약 제정 과정에서의 협상의 결과 협약은 원칙적으로 전속적 국제재판관할합의에만 적용되는 것으로 본다. 그러나 1. 당사자들이 명시적으로 정하지 않은 국제재판관할합의는 전속적인 것으로 볼 뿐 아니라 2. 제22조의 선언에 의해 비전속적 관할합의에까지 적용 범위를 확대할 수 있는 가능성이 있으므로 적용 범위가 제한된다고 보기는 어렵다. 오히려 협약 가입에 따르는 부담은 이전보다 덜하다고 볼 수도 있는 부분이다. 협약 제2조에서 광범위하게 협약의 적용 범위로부터 제외되는 사유들을 나열하고 있는 점도 협약 가입에 대한 부담을 실질적으로 덜어주는 역할을 한다. 국제상사중재에 드는 비용은 갈수록 증가되어 가고, 같은 사안을 두고 중재판정부마다 서로 다른 결론을 내는 경우도 있기에 소송 제도를 활용해야 할 필요성은 갈수록 증대되어 가고 있다. 축적된 선례를 통해 사안에서 어떠한 결론이 도출될 수 있을지 예측할 수 있게 해 준다는 점은 국제상사중재를 통해 분쟁을 해결하는 방법에 대비해 우위에 선 부분이기 때문이다.

협약은 “당사국이 제고된 사법적 협력을 통하여 국제 무역과 투자를 촉진하기를 희망하고, 그러한 협력이 민사 또는 상사사건의 재판관할과 외국재판의 승인 및 집행에 관한 통일규칙에 의하여 제고될 수 있”을 것이라는 취지에서 만들어졌다. 당사자들이 명시적으로 달리 정하고 있지 않으면 관할합의를 전속적인 것으로 본다는 점에서 국제거래에서 특정 법원에서 재판을 받고자 하는 당사자들의 의사를 우선적으로 고려하고, 또 존중해주고 있다(제3조). 전속적 관할합의에 의하여 지정된 계약국의 법원 또는 법원들은 국가의 법률에 따라 합의가 무효가 아닌 한 합의가

적용되는 분쟁을 재판할 관할을 가지며(제5조), 이 경우 선택된 법원의 국가 이외의 체약국의 모든 법원은 전속적 관할합의가 적용되는 소송절차를 중지하거나 각하하여야 한다(제6조). 협약에 가입하지 않는 경우에는 당사자가 특정 법원을 재판관할법원으로 합의하였다고 하더라도 다른 법원에 제소하는 가능성이 존재하는바, 협약에 가입함으로써 이와 같은 불확실성을 해소할 수 있다. 또한 협약상 명시된 근거에 기하여만 승인 및 집행이 거부될 수 있다고 규정함으로써, 그리고 실질심사금지원칙을 천명함으로써 재판의 신속한 승인 및 집행을 보장한다(8조). 이는 우리 민사소송법과 비교해 볼 때 더욱 신속한 재판의 승인 및 집행 절차를 가능하게 해 준다. 특히 외국재판의 승인 및 집행에 관한 협약의 규정은 외국판결의 승인 및 집행과 관련하여 하나의 표준적인 국제규범으로 기능할 수 있을 것으로 기대된다. 국제재판관할을 결정하는 기준과 관련해서 협약은 ‘실질적 관련성’ 요건을 요구하지 않으며, 또한 전속적 국제재판관할합의가 유효하기 위한 요건으로 ‘합리적 관련성’ 요건을 요구하지 않는다는 점에서도 예측가능하고 신속한 분쟁 해결이 도움이 된다.

협약 가입 시 특히 주의를 기울여야 할 부분으로는 특허권 분쟁을 들 수 있다. 특허권 분쟁과 관련해서, 협약은 특허무효가 특허침해사건의 선결문제로서 제기된 경우에는 전속관할의 규정이 적용되지 않는다고 본다. 우리나라가 협약에 가입한다면 우리나라에 등록된 특허권의 무효여부가 특허침해사건의 선결문제로서 제기된 경우라 하더라도, 우리나라 법원이 전속관할을 갖는 것이 아니라는 점을 염두에 둘 필요가 있다.

현재 대법원이 전속적인 국제재판관할의 합의가 유효하기 위해서는 당해 사건이 그 외국법원에 대하여 합리적인 관련성을 가질 것을 요구하므로, 만일 우리가 이러한 태도를 유지하고자 한다면 우리나라는 협약 가입 시에 제19조의 선언을 해야 한다. 선언을 하지 않는다면 다른 국가가 나서서 관련성이 없다는 이유로 관할합의의 효력을 부정할 수는 없다.

이는 결국 정책적으로 판단할 문제인바, 대법원 판례에도 불구하고 선언을 하지 않는 방향이(특히 우리나라 법원을 국제거래에서 발생할 수 있는 분쟁해결법원으로 하려는 점에서) 바람직하다고 생각한다. 반면에 제20조의 선언은 순수한 국내사건의 경우에는 승인을 거부할 수 있도록 할 필요가 있다는 점에서 협약 가입시에 동 조문에 따라 승인 및 집행을 제한하는 선언을 할 필요가 있다.

과거부터 유럽의 국가들은 국제소송을 사법적으로 해결하려는 시도를 꾸준히 해 왔다. 브뤼셀 협약, 루가노 협약, 브뤼셀 I 규정(Brussels I) 및 개정된 Brussels I bis 등이 그 예이다. 근자에는 우리나라도 중국과 사법공조를 맺어서 이와 같은 시도를 하고 있다. 아직까지 우리나라가 아시아권에서 중재지로 선호되는 것이 아니므로, 우선은 한-중-일간의 민사사법공조를 통해서 소송제도를 활용하는 방안이 더 현실적이라고 생각한다. 이처럼 국가 간의 사법공조를 하는 것도 중요하지만, 현재 전 세계적으로 소송에 관해서 규율하고 있는 협약 가입 또한 중요한 문제라고 본다. 동아시아권에서는 싱가포르가 가장 먼저 가입을 하였고, 현재 중국도 가입을 고려중이다. 협약 가입 과정에서 발생할 수 있는 문제점들은 위에서 검토한 바대로 국내 법률을 개정하고, 판례를 변경하는 식으로 메꿔나갈 수 있다고 본다.

협약 가입과 더불어 한국을 법정지 법원으로 선택받을 수 있도록 하기 위한 노력도 필요하다고 본다. 법정지 쇼핑(Forum shopping)에 대해서 재판의 회피로 보고 부정적으로 보는 시각도 있을 수 있으나, 국제소송에서 당사자들이 법정지를 선택하는 것은 어디까지나 예측되는 소송 시간이나 비용을 고려한다면 자연스러운 현상이다. 과거에는 이러한 행위를 악덕(vice)으로 간주하던 시각도 있었으나, 실제로 당사자들이 법정을 선택한다는 그 의미만을 놓고 보면 문제될 여지가 없다. 법정지 쇼핑 과정에서 국제거래관계에서 당사자의 협상력에 따른 불리함은 있을 수 있겠으나, 그러한 점만으로 법정지 쇼핑이 비난받아야 할 일은 아니다. 오히려 우리 법원의 국제적인 사법 경쟁력을 확보하기 위한 기회로도 작용

할 수 있다고 생각한다.

[참고문헌]

국내문헌

- 강희철, “전속적인 국제재판관할합의의 유효요건”, 국제사법연구 2호 (1997)
- 김용진, “國際管轄에 관한 當事者の 合意,” 李時潤博士 華甲紀念論文集, 民事裁判의 諸問題(下)(1995)
- 김효신, “징벌적 손해배상을 명한 외국판결의 승인 집행”, 상사판례연구 10권(1999)
- 김희동, “헤이그 관할합의협약과 우리 국제재판관할합의 법제의 과제”, 법학논총 31호(2014)
- 노태악, “韓國 國際裁判管轄法에 있어 合意管轄, 辯論管轄, 專屬管轄, 反訴管轄”, 국제사법 연구 18호(2012)
- 박정훈, “헤이그 재판관할합의협약”, 국제사법연구 제18호(2012), 237면
- 박찬동, 신창섭, “국제대출계약의 재판관할선택에 관한 연구”, 고려법학 77호(2015)
- 석광현, “민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국재판의 승인 또는 집행에 관한 헤이그협약,” 국제사법연구 제2호(1997)
- _____, 국제재판관할에 관한 연구(2001), 서울대학교 출판부
- _____, “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽공동체협약(일명 브뤼셀협약)”, 국제사법과 국제소송 제2권(2001)
- _____, “헤이그국제사법회의 「民事 및 商事件의 國際裁判管轄과 外國裁判에 관한 협약」 예비초안”, 국제사법과 국제소송 제2권(2001)
- _____, “선하증권에 의한 국제재판관할합의의 문제점 - 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다20093 판결”, 국제사법과 국제소송 제3권(2004)
- _____, “헤이그국제사법회의 「民事 및 商事件의 國際裁判管轄과 外國裁判에 관한 협약」 2001년 초안”, 국제사법과 국제소송 제3권(2004)

- _____, “2005년 헤이그 재판관할합의 협약의 소개”, 국제사법연구 11호 (2005)
- _____, “사기에 의한 외국판결승인의 공사위반여부와 상호보증”, 국제사법과 국제소송 제4권(2007)
- _____, “국제상사중재에서의 중재합의에 관한 법적 문제점 - 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다20180 판결이 제기한 제출서류 및 중재합의의 방식요건을 중심으로-”, 국제상사중재연구 제1권(2007)
- _____, “국제상사중재에서의 중재합의와 소송유지명령(anti-suit injunction)”, 선진상사법률연구 통권 제50호(2010)
- _____, “외국중재판정의 승인·집행제도의 개선방안”, 국제사법연구 제16권(2010)
- _____, 국제민사소송법(2012), 박영사
- _____, “국제상사중재에서의 중재합의와 訴訟留止命令(anti-suit injunction)”, 국제사법과 국제소송 제5권(2012)
- _____, “외국판결의 승인 및 집행: 2001년 이후의 판결을 중심으로”, 국제사법과 국제소송 제5권(2012)
- _____, “한국의 국제재판관할규칙의 입법에 관하여”, 국제거래법연구 21(2)(2012)
- _____, 국제사법 해설(2013), 박영사
- _____, “국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약과 한국의 가입”, 서울대학교 법학 제54권 제2호(2013)
- _____, “해외직접구매에서 발생하는 분쟁과 소비자의 보호 : 국제사법, 중재법과 약관규제법을 중심으로”, 서울대학교 법학 제57권 제3호 (2016)
- _____, “2016년 중재법에 따른 국내중재판정의 효력, 취소와 승인·집행에 관한 법리의 변화”, 한양대학교 법학논총 34집 제1호(2017)
- _____, “Proposed Amendments of the Private International Law Act of Korea: With a Focus on the Rules of International Jurisdiction”, HCCH Asia Pacific Week 2017 Program book(2017)

손경환, “분쟁해결합의에 관한 일반적 고찰”, 법조 통권 675호(2012)
 _____, “국제재판관할합의에 대한 새로운 이해”, 국제사법연구 제19권 제1호(2013)
 송옥렬, 상법강의 제4판(2014), 홍문사
 이규호, “국제지적재산소송원칙의 개요와 활용방안에 대한 연구”, 지식재산연구 9(1)(2014)
 이시윤, 신민사소송법 제8판(2014), 박영사
 이인재, “國際的 管轄合意”, 사법논집 20집(1989)
 이호정, 영국 계약법(2003), 경문사
 정동윤/유병현, 민사소송법 제3판(2010), 법문사
 정인섭, 신국제법강의 제4판(2013), 박영사
 최성수, “국제재판관할합의에 관한 우리나라 판례의 검토”, 동아법학 50호(2013)
 한찬식, “섭외사법 개정작업 추진경과 및 개정 주요골자”, 법조 533호(2001)
 한충수, “국제재판관할합의에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 박사학위논문(1997)
 _____, “미국법상의 관할체계, 연방법원의 민사사건 관할권(federal subject matter jurisdiction)을 중심으로”, 한양대학교 법학연구소(1998)
 호문혁, 민사소송법 제12판(2014), 법문사

외국문헌

Beaumont, Paul and Yüksel, Burcu, “The Validity of Choice of Court under the Brussels I Regulation and the Hague Choice of Court Agreement Convention”, in K. Boele- Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger and S. Symeonides (eds.), Convergence and Divergence in Private International Law: *Liber Amicorum* Kurt Siehr (Eleven

- International Publishing, 2010)
- Brand, Ronald and Herrup, Paul “The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements: Commentary and Documents”, New York, Cambridge University Press, 2008
- Brand, Ronald and Jablonski, Scott, “Forum non conveniens: history, global practice and future under the hague convention on choice of court agreements” 3 cile studies(2007)
- Bruce, Kari, “The Hague Convention on Choice-of-Court Agreements: Is the Public Policy Exception Helping Click-away the Security of Non-negotiated agreements?”, Brooklyn Journal of International Law(2007)
- Fentiman, Richard, “International commercial litigation”, Oxford University Press (2014)
- Forrest, Craig, “The Hague Convention on Choice of Court Agreements : The Maritime Exceptions”, Journal of Private International Law(2009)
- Hartley, Trevor and Dogauchi, Masato, “Rapport explicatif de Explanatory Report”, Hague Conference on Private International Law
- Hartley, Trevor, Choice-of-court agreements under the european and internatioinal instruments(2013), Oxford University Press
- Nygh, Peter and Pocar, Fausto, “Report on the preliminary draft Convention 1999”, Hague Conference on Private International Law
- Rammeloo, Stephan, “Corporations in Private International Law” Oxford University Press 2001
- Sefton-Green, Ruth, “The Common Core Of European Contract Law : Mistake, Fraud, and Duties To Inform In European Contract Law”, Cambridge University Press(2009)
- Schulz, Andrea, “The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of

- Court Agreements”, *Journal of Private International Law* Vol.2 No. 2(2006)
- Svantesson, Dan Jerker B, “The choice of courts convention: How will it work in relation to the internet and e-commerce?”, *Journal of Private International law*(2009)
- Talpis, Jeffrey and Krnjec, Nick “The hague convention on choice of court agreements of June 30, 2005: The elephant that gave birth to a mouse”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* Vol.13(1)(2007)
- Ved, Nanda, “The Landmark 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements”, *Texas International Law Journal*, Summer 2007, Vol.42(3)
- Vrellis, Spyridon, “The Validity of a Choice of Court Agreement under the Hague Convention of 2005”, in K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger and S. Symeonides (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kurt Siehr* (Eleven International Publishing, 2010)
- Walter, Heiser, “Using anti-suit injunctions to prevent interdictory actions and to enforce choice of court agreements”, *Utah Law Review*, Summer, 2011, Vol.2011(3)
- Weller, Matthias, “Choice of Forum Agreements Under the Brussels I Recast and Under the Hague Convention: Coherences and Clashes”, *Journal of Private International Law*, Vol. 12 Issue 3(2016)

[부록 1] 헤이그 재판관할합
의협약 국영문대역

CONVENTION ON CHOICE OF
COURT AGREEMENTS
(Concluded 30 June 2005)

The States Parties to the present Convention, Desiring to promote international trade and investment through enhanced judicial co-operation, Believing that such co-operation can be enhanced by uniform rules on jurisdiction and on recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters, Believing that such enhanced co-operation requires in particular an international legal regime that provides certainty and ensures the effectiveness of exclusive choice of court agreements between parties to commercial transactions and that governs the recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements, Have resolved to conclude this Convention and have agreed upon the following provisions -

2005년 헤이그
재판관할합의협약¹⁾
(2005. 6. 30 체결됨)

이 협약의 당사국은 제고된 사법적 협력을 통하여 국제 무역과 투자를 촉진하기를 희망하고, 그러한 협력이 민사 또는 상사사건의 재판관할과 외국재판의 승인 및 집행에 관한 통일규칙에 의하여 제고될 수 있음을 확신하여, 그러한 제고된 협력은 특히 상사거래의 당사자들 간의 전속적 관할합의에 확실성을 부여하고 그의 효력을 보장하며, 또한 그러한 합의에 기초한 소송의 결과로서의 재판의 승인 및 집행을 규율하는 국제적인 법제를 필요로 함을 확신하여 이 협약을 체결하기로 결정하고 다음의 규정에 합의하였다.

1) 이하 협약의 국영문대역은 석광현 (註 1), 369면 이하 참조.

CHAPTER I - SCOPE AND DEFINITIONS

제 I 장 범위와 정의

Article 1 Scope

제1조 범위

(1) This Convention shall apply in international cases to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters.

(2) For the purposes of Chapter II, a case is international unless the parties are resident in the same Contracting State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, regardless of the location of the chosen court, are connected only with that State.

(3) For the purposes of Chapter III, a case is international where recognition or enforcement of a foreign judgment is sought.

1. 이 협약은 국제적인 사건에서 민사 또는 상사사건에서 체결된 전속적 관할합의에 적용된다.

2. 제2장의 목적상, 당사자들이 동일한 계약국에 거주하고 당사자들의 관계와 분쟁에 관계된 모든 요소들이 그 국가에만 관련된 경우가 아니라면, 사건은 선택된 법원의 장소에 관계없이 국제적이다.

3. 제3장의 목적상, 외국판결의 승인 또는 집행을 구하는 경우 사건은 국제적이다.

Article 2
Exclusions from scope

(1) This Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements -

a) to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party;

b) relating to contracts of employment, including collective agreements.

(2) This Convention shall not apply to the following matters -

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition and analogous matters;

f) the carriage of passengers and goods;

g) marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average, and emergency towage and salvage;

제2조 범위로부터의 제외

1. 이 협약은 다음의 전속적 관할 합의에는 적용되지 않는다.

a) 주로 개인적, 가족적 또는 가사적 목적을 위하여 행위하는 자연인(소비자)이 당사자인 경우

b) 단체계약을 포함한 근로계약에 관한 경우

2. 이 협약은 다음의 사항들에는 적용되지 않는다.

a) 자연인의 신분과 법적 능력

b) 부양의무

c) 부부재산제, 혼인 및 이와 유사한 관계로부터 발생하는 기타 가족법상의 사항

d) 유언과 상속

e) 도산, 화의, 기타 유사한 절차

f) 여객 또는 물품의 운송

g) 해상오염, 해사청구권에 대한 책임제한, 공동해손, 및 긴급예인과 구조

h) anti-trust (competition) matters;

i) liability for nuclear damage;

j) claims for personal injury brought by or on behalf of natural persons;

k) tort or delict claims for damage to tangible property that do not arise from a contractual relationship;

l) rights in rem in immovable property, and tenancies of immovable property;

m) the validity, nullity, or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs;

n) the validity of intellectual property rights other than copyright and related rights;

o) infringement of intellectual property rights other than copyright and related rights, except where infringement proceedings are brought for breach of a contract between the parties relating to such rights, or could have been brought for breach of that contract;

p) the validity of entries in public registers.

h) 반독점(경쟁)사건

i) 핵손해에 대한 책임

j) 자연인에 의하여 또는 자연인을 위하여 제기된 인적 손해에 대한 청구

k) 계약관계로부터 발생하지 않는 유체물(tangible property)에 대한 손해로 인한 불법행위청구

l) 부동산에 대한 물권과 부동산의 임대

m) 법인의 유효, 무효 또는 해산 및 그들의 기관의 결정의 유효성

n) 저작권 또는 저작인접권 이외의 지식재산권의 유효성

o) 저작권 또는 저작인접권 이외의 지식재산권의 침해. 다만 침해소송이 그러한 권리에 관한 당사자들간의 계약 위반으로 제기된 경우, 또는 그 계약 위반으로 제기될 수 있었던 경우를 제외한다.

p) 공부에의 기재의 유효성

(3) Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of this Convention where a matter excluded under that paragraph arises merely as a preliminary question and not as an object of the proceedings. In particular, the mere fact that a matter excluded under paragraph 2 arises by way of defence does not exclude proceedings from the Convention, if that matter is not an object of the proceedings.

(4) This Convention shall not apply to arbitration and related proceedings.

(5) Proceedings are not excluded from the scope of this Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, is a party thereto.

(6) Nothing in this Convention shall affect privileges and immunities of States or of international organisations, in respect of themselves and of their property.

3. 제2항에도 불구하고, 그 항에 따라 제외된 사항이 소송의 대상이 아니라 단지 先決問題로서만 제기되는 경우, 그 소송은 협약의 적용범위로부터 제외되지 않는다. 특히, 제2항에 따라 제외되는 사항이, 소송의 대상이 아니라 단지 항변으로서 제기된다는 사실만으로 그 소송이 협약으로부터 제외되지 않는다.

4. 이 협약은 중재 및 그와 관련된 절차에 적용되지 않는다.

5. 정부, 정부기관 또는 국가를 위해 직무를 수행하는 자가 소송의 당사자라는 사실만으로 그 소송이 협약의 적용범위로부터 제외되지 않는다.

6. 이 협약의 어느 것도 국가 또는 국제기구가 그 자신 및 그의 재산에 관하여 가지는 특권과 면제에 영향을 미치지 아니한다.

Article 3
Exclusive choice of court
agreements

For the purposes of this Convention -

- a) "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph c) and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts;
- b) a choice of court agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise;
- c) an exclusive choice of court agreement must be concluded or documented -
 - i) in writing; or

제3조 전속적 관할합의

이 협약의 목적상

a) “전속적 관할합의”는 둘 또는 그 이상의 당사자들에 의해서 체결되는 계약으로서, c)항의 요건을 구비하고, 특정한 법률관계와 관련하여 발생하였거나 발생할 수 있는 분쟁을 재판할 목적으로, 하나의 계약국의 법원들, 또는 하나의 계약국 내의 하나 또는 둘 이상의 특정한 법원들을 지정하고 다른 모든 법원들의 관할을 배제하는 계약을 의미한다.

b) 하나의 계약국의 법원들 또는 하나의 계약국 내의 하나 또는 둘 이상의 특정한 법원들을 지정하는 관할합의는 당사자들이 명시적으로 달리 정하고 있지 않으면 전속적인 것으로 본다.

c) 전속적 관할합의는 다음의 방식으로 체결되거나 작성되어야 한다.

- i) 서면

ii) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

d) an exclusive choice of court agreement that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. The validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract is not valid.

Article 4 Other definitions

(1) In this Convention, "judgment" means any decision on the merits given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses by the court (including an officer of the court), provided that the determination relates to a decision on the merits which may be recognised or enforced under this Convention. An interim measure of protection is not a judgment.

(2) For the purposes of this Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be resident in the State -

ii) 추후 참조를 위하여 사용될 수 있도록 정보에의 접근을 가능하게 하는 그 밖의 통신 수단

d) 계약의 일부를 구성하는 전속적 관할합의는 그 계약의 다른 조건들과는 독립적인 계약으로 취급된다. 그 계약이 유효하지 않다는 근거만으로 전속적 관할합의의 유효성을 다툴 수는 없다.

제4조 기타 정의들

1. 이 협약에서의 “재판”은 명칭을 불문하고 본안에 관한 법원의 모든 판단을 의미하고, 결정 또는 명령과 법원(법원공무원을 포함한다)에 의한 비용 또는 경비의 결정을 포함한다. 다만, 그 결정은 이 협약상 승인 또는 집행될 수 있는 본안에 관한 재판에 관련된 것이어야 한다. 임시적 보호조치는 재판이 아니다.

2. 이 협약의 목적상, 단체 또는 자연인 이외의 사람은 다음의 국가에 거주하는 것으로 본다.

- a) where it has its statutory seat;
- b) under whose law it was incorporated or formed;
- c) where it has its central administration; or
- d) where it has its principal place of business.

- a) 정관상의 본거지
- b) 설립 또는 조직의 준거법 소속국
- c) 경영의 중심지 또는
- d) 주된 영업소 소재지

CHAPTER II - JURISDICTION

제II장 재판관할

Article 5 Jurisdiction of the chosen court

제5조 당사자들이 합의한 법원의 관할

- (1) The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State.
- (2) A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.
- (3) The preceding paragraphs shall not affect rules -
 - a) on jurisdiction related to subject matter or to the value of the claim;
 - b) on the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State.

1. 전속적 관할합의에 의하여 지정된 계약국의 법원 또는 법원들은, 그 국가의 법률에 따라 그 합의가 무효가 아닌 한 그 합의가 적용되는 분쟁을 재판할 관할을 가진다.
2. 제1항에 따라 관할을 가지는 법원은 그 분쟁이 다른 국가의 법원에 의하여 재판되어야 한다는 근거로 관할을 행사하는 것을 거부할 수 없다.
3. 전항들은 다음의 규칙들에 영향을 미치지 아니한다.
 - a) 분쟁의 대상 또는 청구의 금액에 관한 관할
 - b) 계약국의 법원들간의 관할의 내부적 분배

However, where the chosen court has discretion as to whether to transfer a case, due consideration should be given to the choice of the parties.

Article 6 **Obligations of a court not** **chosen**

A court of a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies unless -

- a) the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court;
- b) a party lacked the capacity to conclude the agreement under the law of the State of the court seised;
- c) giving effect to the agreement would lead to a manifest injustice or would be manifestly contrary to the public policy of the State of the court seised;
- d) for exceptional reasons beyond the control of the parties, the agreement cannot reasonably be performed; or
- e) the chosen court has decided not to hear the case.

그러나 당사자들이 합의한 법원이 이송을 할지에 관하여 재량을 가지는 경우에는 당사자들의 선택을 적절히 고려하여야 한다.

제6조 당사자들이 합의 대상으로 **삼지 않은 법원의 의무**

당사자들이 합의한 법원의 국가 이외의 계약국의 모든 법원은, 다음의 경우를 제외하고는 전속적 관할 합의가 적용되는 소송절차를 중지하거나 각하하여야 한다.

- a) 당사자들이 합의한 법원의 국가의 법에 따라 그 합의가 무효인 경우
- b) 소송 계속된 법원의 국가의 법에 따라 당사자가 합의를 체결할 능력이 없는 경우
- c) 그 합의의 효력을 인정한다면 명백히 부정의에 이르게 되거나 또는 소송이 계속된 법원의 국가의 공서에 명백히 반하는 경우
- d) 예외적인 이유로 인하여 그 합의가 합리적으로 이행될 수 없는 경우 또는
- e) 당사자들이 합의한 법원이 그 사건을 심리하지 않기로 결정한 경우

Article 7

Interim measures of protection

Interim measures of protection are not governed by this Convention. This Convention neither requires nor precludes the grant, refusal or termination of interim measures of protection by a court of a Contracting State and does not affect whether or not a party may request or a court should grant, refuse or terminate such measures.

제7조 임시적 보호조치

임시적 보호조치는 이 협약에 의하여 규율되지 않는다. 이 협약은 계약국의 법원에 의한 임시적 보호조치의 부여, 거부, 또는 취소를 요구하지도 않고 배제하지도 않으며, 당사자가 그러한 조치를 청구할 수 있는지 또는 법원이 그러한 조치를 부여, 거부 또는 취소해야 하는지에 영향을 미치지 않는다.

CHAPTER III - RECOGNITION AND ENFORCEMENT

제Ⅲ장 승인 및 집행

Article 8

Recognition and enforcement

(1) A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the grounds specified in this Convention.

제8조 승인 및 집행

1. 전속적 관할합의에서 지정된 계약국의 법원이 선고한 재판은 이 장에 따라 다른 계약국에서 승인되고 집행된다. 승인 또는 집행은 이 협약에 명시된 근거에 기하여만 거부될 수 있다.

(2) Without prejudice to such review as is necessary for the application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment given by the court of origin. The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

(3) A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

(4) Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

2. 재판국 법원이 선고한 재판의 실질에 대해서는 어떠한 심사도 할 수 없다. 다만, 이 장의 조항을 적용하기 위한 목적상 필요한 심사에는 영향을 미치지 아니한다. 결석재판이 아닌 한, 승인 또는 집행국 법원은 재판국 법원이 관할의 근거로 삼은 사실 인정에 구속된다.

3. 재판은 재판국에서 효력을 가지는 경우에만 승인될 수 있고, 재판국에서 집행할 수 있는 경우에만 집행될 수 있다.

4. 만일 재판이 재판국에서 상소의 대상인 경우 또는 만일 통상의 상소를 구할 수 있는 기간이 만료되지 않은 경우 승인 또는 집행을 연기 또는 거부될 수 있다. 거부는 그 재판의 승인 또는 집행을 위하여 추후에 신청하는 것을 금지하지는 아니한다.

(5) This Article shall also apply to a judgment given by a court of a Contracting State pursuant to a transfer of the case from the chosen court in that Contracting State as permitted by Article 5, paragraph 3. However, where the chosen court had discretion as to whether to transfer the case to another court, recognition or enforcement of the judgment may be refused against a party who objected to the transfer in a timely manner in the State of origin.

Article 9 **Refusal of recognition or** **enforcement**

Recognition or enforcement may be refused if -

- a) the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court, unless the chosen court has determined that the agreement is valid;
- b) a party lacked the capacity to conclude the agreement under the law of the requested State;
- c) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim,

5. 이 조는 그 계약국의 당사자들이 합의한 법원으로부터 제5조 제3항이 허용하는 바에 따라 이송한 사건에 대하여 계약국의 법원이 선택한 재판에도 적용된다. 그러나, 그 당사자들이 합의한 법원이 이송을 할 것인지에 관하여 재량을 가지는 경우에는 재판국에서 이송에 대하여 적시에 이의를 제기한 당사자에 대하여는 재판의 승인 또는 집행이 거부될 수 있다.

제9조 승인 또는 집행의 거부

다음의 경우 승인 또는 집행은 거부될 수 있다.

- a) 당사자들이 합의한 법원이 그 합의가 유효하다고 결정한 경우가 아닌 한, 그 합의가 당사자들이 합의한 법원의 국가의 법에 따라 무효인 경우
- b) 승인 또는 집행국 당사자의 법에 따라 당사자가 합의를 체결할 능력이 없는 경우
- c) 청구의 본질적인 요소를 포함하는 소송을 개시하는 서면 또는 그에 상응하는 서면이,

i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested; or

ii) was notified to the defendant in the requested State in a manner that is incompatible with fundamental principles of the requested State concerning service of documents;

d) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;

e) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State;

f) the judgment is inconsistent with a judgment given in the requested State in a dispute between the same parties; or

i) 피고에게 충분한 기간을 두고, 또한 방어를 할 수 있도록 하는 방법으로 고지되지 않은 경우. 그러나 피고가 재판국 법원에서 고지를 다투지 아니하고 출석하여 변론한 경우에는 그러하지 아니하다. 다만, 재판국 법이 고지를 다투는 것을 허용하는 조건으로 한다. 또는

ii) 승인 또는 집행국에서 문서의 송달에 관한 그 국가의 근본적인 원칙에 양립하지 않는 방법으로 피고에게 통지된 경우

d) 재판이 절차와 관련된 사기에 의해 획득된 경우

e) 승인 또는 집행이 승인 또는 집행국의 공서에 명백히 반하는 경우. 이는 재판에 이르게 된 특정 소송 절차가 그 국가의 절차적 공정의 근본원칙과 양립되지 않은 상황을 포함한다.

f) 재판이 승인 또는 집행국에서 동일한 당사자들 간의 분쟁에서 선고된 재판과 양립하지 않는 경우

g) the judgment is inconsistent with an earlier judgment given in another State between the same parties on the same cause of action, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State.

Article 10

Preliminary questions

(1) Where a matter excluded under Article 2, paragraph 2, or under Article 21, arose as a preliminary question, the ruling on that question shall not be recognised or enforced under this Convention.

(2) Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter excluded under Article 2, paragraph 2.

(3) However, in the case of a ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or a related right, recognition or enforcement of a judgment may be refused or postponed under the preceding paragraph only where -

g) 재판이 동일한 당사자들 간에 동일한 청구원인에 관하여 다른 국가에서 선고된 선행 재판과 양립하지 않는 경우. 다만, 승인 또는 집행국에서 선행 재판이 승인을 위한 요건을 충족하는 것을 조건으로 한다.

제10조 先決問題

1. 제2조 제2항 또는 제21조에 따라 배제된 사항이 선결문제로 제기된 경우 그 문제에 관한 판단은 이 협약에 의해서 승인되거나 집행되지 않는다.

2. 재판의 승인 또는 집행은, 그 재판이 제2조 제2항에 따라 배제되는 사항에 관한 판단에 기초한 것인 경우에는, 그 범위 내에서 거부될 수 있다.

3. 그러나 저작권 또는 저작인접권 이외의 지식재산권의 유효성에 관한 판단의 경우에는, 재판의 승인 또는 집행은 다음의 경우에 한하여 전항에 따라 거부되거나 연기될 수 있다.

a) that ruling is inconsistent with a judgment or a decision of a competent authority on that matter given in the State under the law of which the intellectual property right arose; or

b) proceedings concerning the validity of the intellectual property right are pending in that State.

(4) Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter excluded pursuant to a declaration made by the requested State under Article 21.

Article 11

Damages

(1) Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered.

(2) The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

a) 그 판단이 그의 법에 따라 지식재산권이 발생한 국가의 권한 당국이 그 사항에 관하여 선고한 재판 또는 결정과 불일치하는 경우, 또는

b) 지식재산권의 유효성에 관한 소송이 그 국가에서 계속중인 경우

4. 재판의 승인 또는 집행은, 그 재판이 승인 또는 집행국이 제21조에 따라 한 선언에 의하여 배제되는 사항에 관한 판단에 기초한 것인 경우에는, 그 범위 내에서 거부될 수 있다.

제11조 손해배상

1. 재판의 승인 또는 집행은 그 재판이, 당사자에게 징벌적 손해배상을 포함하여 실제로 입은 손실 또는 손해를 전보하는 것이 아닌 손해배상을 인용하는 경우 그 범위 내에서는 거부될 수 있다.

2. 승인 또는 집행국 법원은 재판국의 법원이 인용한 손해배상이 소송과 관련된 비용과 경비를 전보하는지의 여부와 그 범위를 고려해야 한다.

Article 12
Judicial settlements
(transactions judiciaires)

Judicial settlements (transactions judiciaires) which a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement has approved, or which have been concluded before that court in the course of proceedings, and which are enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin, shall be enforced under this Convention in the same manner as a judgment.

Article 13
Documents to be produced

(1) The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce -

- a) a complete and certified copy of the judgment;
- b) the exclusive choice of court agreement, a certified copy thereof, or other evidence of its existence;

제12조 재판상 화해

전속적 관할합의에서 지정된 계약국의 법원이 인가하거나 또는 소송과정에서 그 법원의 앞에서 체결되고, 재판국에서 재판과 동일한 방법으로 집행될 수 있는 재판상 화해는 이 협약에 따라 재판과 동일한 방법으로 집행된다.

제13조 제출되어야 할 서류

1. 승인을 구하거나 집행을 신청하는 당사자는 다음의 서류를 제출해야 한다.

- a) 완전하고 증명된 재판의 사본
- b) 전속적 관할합의, 그의 증명된 사본 또는 그의 존재에 관한 증거

c) if the judgment was given by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

d) any documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;

e) in the case referred to in Article 12, a certificate of a court of the State of origin that the judicial settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin.

(2) If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require any necessary documents.

(3) An application for recognition or enforcement may be accompanied by a document, issued by a court (including an officer of the court) of the State of origin, in the form recommended and published by the Hague Conference on Private International Law.

c) 결석재판이 행해진 경우, 소송을 개시하는 서면 또는 그에 상응하는 서면이 결석한 피고에게 통지되었음을 증명하는 서류의 원본 또는 증명된 사본

d) 재판이 재판국 법원에서 효력을 가지거나, 적용되는 경우 재판국에서 집행될 수 있음을 증명하는 서류

e) 제12조에 언급된 경우, 재판상 화해 또는 그의 일부가 재판국에서 재판과 동일한 방법으로 집행될 수 있다는 재판국 법원의 증명서

2. 만일 재판의 내용이 승인 또는 집행국 법원이 이 장의 조건을 구비하는지의 여부를 확정하는 것을 허용하지 않는 경우, 그 법원은 모든 필요한 서류를 요구할 수 있다.

3. 승인 또는 집행의 신청은 재판국의 법원(법원의 공무원을 포함하여)이 헤이그국제사법회의가 추천하고 공간한 양식으로 발행한 서류를 동반할 수 있다.

(4) If the documents referred to in this Article are not in an official language of the requested State, they shall be accompanied by a certified translation into an official language, unless the law of the requested State provides otherwise.

Article 14 Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

Article 15 Severability

Recognition or enforcement of a severable part of a judgment shall be granted where recognition or enforcement of that part is applied for, or only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention.

4. 이 조에 언급된 서류가 승인 또는 집행국의 공식언어로 작성되지 않은 경우, 승인 또는 집행국 법률이 달리 규정하지 않는 한, 그 서류들은 그 공식언어로 된 증명된 번역문을 동반하여야 한다.

제14조 절차

승인, 집행가능선언 또는 집행의 등록과 재판의 집행의 절차는 이 협약에 달리 규정하지 않는 한 요청받은 국가의 법에 의하여 규율된다. 승인 또는 집행국 법원은 신속히 행위하여야 한다.

제15조 가분성

재판의 가분적인 일부의 승인 또는 집행은 일부 승인 또는 집행이 신청되거나, 또는 재판의 일부만이 이 협약에 따라서 승인 또는 집행될 수 있는 경우에 허용된다.

CHAPTER IV - GENERAL
CLAUSES

Article 16
Transitional provisions

- (1) This Convention shall apply to exclusive choice of court agreements concluded after its entry into force for the State of the chosen court.
- (2) This Convention shall not apply to proceedings instituted before its entry into force for the State of the court seised.

Article 17
Contracts of insurance and
reinsurance

- (1) Proceedings under a contract of insurance or reinsurance are not excluded from the scope of this Convention on the ground that the contract of insurance or reinsurance relates to a matter to which this Convention does not apply.
- (2) Recognition and enforcement of a judgment in respect of liability under the terms of a contract of insurance or reinsurance may not be limited or refused on the ground that the liability under that contract includes liability to indemnify the insured or reinsured in respect of -

제IV장 일반조항

제16조 경과규정

1. 이 협약은 당사자들이 합의한 법원의 국가에 대하여 협약이 발효한 후에 체결된 전속적 관할합의에 적용된다.
2. 이 협약은 소가 계속한 법원의 국가에 대하여 협약이 발효하기 전에 제기된 소송에 대하여는 적용되지 아니한다.

제17조 보험계약과 재보험계약

1. 보험계약 또는 재보험계약에 따른 소송은 그 보험계약 또는 재보험계약이 이 협약이 적용되지 않는 사항에 관계된 것이라는 근거로 이 협약의 적용 범위로부터 제외되지는 않는다.
2. 보험계약 또는 재보험계약의 조건에 따른 책임에 관한 재판의 승인 또는 집행은, 그 계약상의 책임이 다음 사항에 관하여 피보험자 또는 재보험의 피보험자에게 보상하는 책임을 포함한다는 근거로 제한되거나 거부될 수 없다.

- a) a matter to which this Convention does not apply; or
- b) an award of damages to which Article 11 might apply.

Article 18
No legalisation

All documents forwarded or delivered under this Convention shall be exempt from legalisation or any analogous formality, including an Apostille.

Article 19
Declarations limiting jurisdiction

A State may declare that its courts may refuse to determine disputes to which an exclusive choice of court agreement applies if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute.

Article 20
Declarations limiting recognition and enforcement

- a) 이 협약에 적용되지 않는 사항, 또는
- b) 제11조가 적용될 수 있는 손해 배상의 인용

제18조 인증불요

이 협약에 따라 제공되거나 인도되는 모든 서류는 아포스티유(Apostille)를 포함하여 인증 또는 유사한 방식요건으로부터 면제된다.

제19조 관할을 제한하는 선언

어떤 국가든지 선택된 법원의 장소를 제외하고는 그 국가의 당사자들 또는 분쟁 간에 아무런 관련이 없는 경우 그의 법원들은 전속적 관할합의가 적용되는 분쟁을 재판하는 것을 거부할 수 있다는 선언을 할 수 있다.

제20조 승인 또는 집행을 제한하는 선언

A State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment given by a court of another Contracting State if the parties were resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, were connected only with the requested State.

Article 21

Declarations with respect to specific matters

(1) Where a State has a strong interest in not applying this Convention to a specific matter, that State may declare that it will not apply the Convention to that matter. The State making such a declaration shall ensure that the declaration is no broader than necessary and that the specific matter excluded is clearly and precisely defined.

(2) With regard to that matter, the Convention shall not apply -

a) in the Contracting State that made the declaration;

어떤 국가든지 당사자들이 승인 또는 집행국에 거주하고 당사자들이 합의한 법원의 장소 이외에 당사자들의 관계와 분쟁에 관계된 그 밖의 모든 요소들이 승인 또는 집행국과만 관련된 경우에는 그의 법원들은 다른 체약국의 법원의 재판의 승인 또는 집행을 거부할 수 있다는 선언을 할 수 있다.

제21조 특정사항에 관한 선언

1. 어떤 국가가 이 협약을 특정사항에 적용하지 않는 데 대하여 강한 이익을 가지는 경우, 그 국가는 협약을 그 사항에 적용하지 않겠다는 선언을 할 수 있다. 그러한 선언을 하는 국가는 선언이 필요 이상으로 광범위하지 않도록 하고, 그렇게 배제되는 특정사항이 명확하고 정확하게 정의될 수 있도록 보장하여야 한다.

2. 그 사항에 관하여는, 이 협약은 다음의 경우 적용되지 않는다.

a) 그러한 선언을 한 체약국 내에서

b) in other Contracting States, where an exclusive choice of court agreement designates the courts, or one or more specific courts, of the State that made the declaration.

Article 22

Reciprocal declarations on non-exclusive choice of court agreements

(1) A Contracting State may declare that its courts will recognise and enforce judgments given by courts of other Contracting States designated in a choice of court agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of Article 3, paragraph c), and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, a court or courts of one or more Contracting States (a non-exclusive choice of court agreement).

(2) Where recognition or enforcement of a judgment given in a Contracting State that has made such a declaration is sought in another Contracting State that has made such a declaration, the judgment shall be recognised and enforced under this Convention, if

b) 전속적 관할합의가 그러한 선언을 한 국가의 법원들, 또는 하나 또는 그 이상의 특정한 법원들을 지정하는 경우 다른 계약국 내에서.

제22조 비전속적 관할합의에 관한 상호적 선언

1. 계약국은 그의 법원들은 둘 이상의 당사자들이 체결하고 제3조 c) 호의 요건을 구비하며, 특정한 법률관계와 관련하여 발생하였거나 발생할 수 있는 분쟁을 재판할 목적으로 하나 이상의 계약국의 법원 또는 법원들을 지정하는 관할합의(비전속적 관할합의)에서 지정된 다른 계약국의 법원들이 선고한 재판을 승인하고 집행할 것이라고 선언할 수 있다.

2. 그러한 선언들을 한 계약국에서 선고된 재판의 승인 또는 집행을 그러한 선언을 한 다른 계약국에서 구하는 경우, 만일 다음의 요건이 구비된다면 그 재판은 이 협약에 따라 승인되고 집행된다.

-

- a) the court of origin was designated in a non-exclusive choice of court agreement;
- b) there exists neither a judgment given by any other court before which proceedings could be brought in accordance with the non-exclusive choice of court agreement, nor a proceeding pending between the same parties in any other such court on the same cause of action; and
- c) the court of origin was the court first seised.

Article 23

Uniform interpretation

In the interpretation of this Convention, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

Article 24

Review of operation of the Convention

The Secretary General of the Hague Conference on Private International Law shall at regular intervals make arrangements for -

a) 재판법원이 비전속적 관할합의에서 지정되었고

b) 그 비전속적 관할합의에 따라 소송이 제기될 수 있는 다른 법원이 선고한 재판이 존재하지 않고, 그리고 동일 당사자 간에 동일 청구원인에 기하여 그러한 다른 법원에 계속 중인 소송절차가 존재하지 않고 또한

c) 재판법원이 최초로 소송이 계속된 법원이었을 것.

제23조 통일적 해석

이 협약의 해석에는 그 국제적 성격 및 적용상의 통일을 증진할 필요성을 고려하여야 한다.

제24조 협약의 운용의 검토

헤이그 국제사법회의의 사무총장은 정기적으로 다음을 위한 조치를 취하여야 한다.

- a) review of the operation of this Convention, including any declarations; and
- b) consideration of whether any amendments to this Convention are desirable.

- a) 모든 선언을 포함한 이 협약의 운용의 검토 및
- b) 이 협약에 대한 어떤 수정이 바람직한지의 고려

Article 25 Non-unified legal systems

제25조 불통일법체계

(1) In relation to a Contracting State in which two or more systems of law apply in different territorial units with regard to any matter dealt with in this Convention -

1. 이 협약에서 다루어지는 사항에 관하여 상이한 영토적 단위에서 둘 이상의 법체계가 적용되는 계약국에 관하여는

- a) any reference to the law or procedure of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the law or procedure in force in the relevant territorial unit;
- b) any reference to residence in a State shall be construed as referring, where appropriate, to residence in the relevant territorial unit;
- c) any reference to the court or courts of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the court or courts in the relevant territorial unit;

- a) 어느 국가의 법 또는 절차에 관한 언급은, 적절한 경우 당해 영토적 단위에서 효력을 가지는 법 또는 절차에 대한 언급으로 해석되고,
- b) 어느 국가 내의 거소에 관한 모든 언급은, 적절한 경우 당해 영토적 단위 내의 거소에 대한 언급으로 해석되고,
- c) 어느 국가의 법원 또는 법원들에 관한 모든 언급은, 적절한 경우 당해 영토적 단위 내의 법원 또는 법원들에 대한 언급으로 해석되고,

d) any reference to a connection with a State shall be construed as referring, where appropriate, to a connection with the relevant territorial unit.

(2) Notwithstanding the preceding paragraph, a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to apply this Convention to situations which involve solely such different territorial units.

(3) A court in a territorial unit of a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to recognise or enforce a judgment from another Contracting State solely because the judgment has been recognised or enforced in another territorial unit of the same Contracting State under this Convention.

(4) This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

d) 어느 국가와의 관련에 대한 모든 언급은, 적절한 경우 당해 영토적 단위와의 관련에 대한 언급으로 해석된다.

2. 전항에도 불구하고, 상이한 법체계가 적용되는 둘 이상의 영토적 단위를 가지는 어떤 체약국은, 단지 그러한 영토적 단위들만에 관계된 상황에는 이 협약을 적용할 의무를 지지 않는다.

3. 상이한 법체계가 적용되는 둘 이상의 영토적 단위를 가지는 어떤 체약국의 어떤 영토적 단위 내의 법원은 단지 그 재판이 동일한 체약국의 다른 영토적 단위에서 이 협약에 따라 승인되었다거나 또는 집행되었다는 이유만으로 다른 체약국의 법원의 판결을 승인하거나 또는 집행할 의무를 지지 않는다.

4. 이 조는 지역경제통합기구에는 적용되지 아니한다.

Article 26

Relationship with other international instruments

제26조 다른 국제문서와의 관계

(1) This Convention shall be interpreted so far as possible to be compatible with other treaties in force for Contracting States, whether concluded before or after this Convention.

(2) This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty, whether concluded before or after this Convention, in cases where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Party to the treaty.

(3) This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty that was concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, if applying this Convention would be inconsistent with the obligations of that Contracting State to any non-Contracting State. This paragraph shall also apply to treaties that revise or replace a treaty concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, except to the extent that the revision or replacement creates new inconsistencies with this Convention.

1. 이 협약은 이 협약의 전 또는 후에 체결되었건 간에 체약국에 대하여 효력이 있는 다른 조약들과 가능한 한 양립할 수 있도록 해석되어야 한다.

2. 이 협약은 당사자들 중 어느 누구도 그 조약의 당사자가 아닌 체약국에 거주하지 않는 경우에는 이 협약의 전 또는 후에 체결되었건 간에 체약국이 그 조약을 적용하는데 영향을 미치지 아니한다.

3. 이 협약은 이 협약을 적용하는 것이 그 체약국의 다른 비체약국에 대한 의무와 양립하지 않는 경우에는 이 협약이 어느 체약국에 대하여 발효하기 전에 그 체약국이 체결한 조약을 적용하는데 영향을 받지 아니한다. 이 항은 이 협약이 그 체약국에 대하여 발효하기 전에 그 체약국이 체결한 조약을 개정하거나 대체하는 조약에도 또한 적용된다. 다만, 그 개정 또는 대체가 이 협약과 새로운 불일치를 창설하는 경우는 제외한다.

(4) This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty, whether concluded before or after this Convention, for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State that is also a Party to that treaty. However, the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.

(5) This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty which, in relation to a specific matter, governs jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if concluded after this Convention and even if all States concerned are Parties to this Convention. This paragraph shall apply only if the Contracting State has made a declaration in respect of the treaty under this paragraph. In the case of such a declaration, other Contracting States shall not be obliged to apply this Convention to that specific matter to the extent of any inconsistency, where an exclusive choice of court agreement designates the courts, or one or more specific courts, of the Contracting State that made the declaration.

4. 이 협약은 이 협약의 전 또는 후에 체결되었건 간에 그 조약의 당사자이기도 한 체약국의 법원이 선고한 재판의 승인 또는 집행을 구하는 목적상 어느 체약국이 조약을 적용하는데 영향을 미치지 아니한다. 그러나 그 재판은 이 협약에 따른 것보다 작은 범위 내에서 승인되거나 집행되어서는 아니된다.

5. 이 협약은 비록 그 조약이 이 협약의 후에 체결되었고 또한 모든 관계된 국가들이 이 협약의 당사자일지라도 체약국이 특정한 사항에 관하여 재판관할 또는 재판의 승인 또는 집행을 규율하는 조약을 적용하는데 영향을 미치지 아니한다. 이 항은 체약국이 이 항에 따라 조약에 관한 선언을 한 경우에만 적용된다. 그러한 선언의 경우 전속적 관할합의가 그러한 선언을 한 체약국의 법원들 또는 하나 또는 둘 이상의 특정한 법원들을 지정하는 때에는 다른 체약국들은 충돌되는 범위 내에서는 그 특정한 사항에 대하여 이 협약을 적용할 의무가 없다.

(6) This Convention shall not affect the application of the rules of a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to this Convention, whether adopted before or after this Convention -

a) where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the Regional Economic Integration Organisation;

b) as concerns the recognition or enforcement of judgments as between Member States of the Regional Economic Integration Organisation.

6. 이 협약은 다음의 경우 이 협약의 전 또는 후에 체결되었던 간에 이 협약의 당사자인 지역경제통합기구의 규칙의 적용에 영향을 미치지 아니한다.

a) 당사자의 어느 누구도 지역경제통합기구의 회원국이 아닌 계약국에 거주하지 않는 경우

b) 지역경제통합기구의 회원국들 간에서 재판의 승인 또는 집행에 관하여

CHAPTER V - FINAL CLAUSES

Article 27

Signature, ratification, acceptance, approval or accession

(1) This Convention is open for signature by all States.

(2) This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.

(3) This Convention is open for accession by all States.

제 V 장 최종 조항

제27조 서명, 지분, 수락 및 승인 또는 가입

1. 이 협약은 모든 국가들의 서명을 위하여 개방된다.

2. 이 협약은 서명국에 의한 비준, 수락 또는 승인을 조건으로 한다.

3. 이 협약은 모든 국가들의 가입을 위하여 개방된다.

(4) Instruments of ratification, acceptance, approval or accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.

Article 28
Declarations with respect to
non-unified legal systems

(1) If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that the Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

(2) A declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

(3) If a State makes no declaration under this Article, the Convention shall extend to all territorial units of that State.

(4) This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

4. 비준서, 수락서, 승인서 및 가입서는 협약의 수탁자인 네덜란드 의 무부에 기탁되어야 한다.

제28조 불통일법체계에 관한 선언

1. 어느 국가가 이 협약에서 다루어지는 사항에 관하여 상이한 법체계가 적용되는 둘 이상의 영토적 단위를 가지는 경우에는 서명, 비준, 수락, 승인 또는 가입시에 이 협약이 그의 모든 영토적 단위에 미치는지 또는 하나에만 또는 둘 이상의 영토적 단위에만 미치는지를 선언할 수 있고, 언제든지 다른 선언을 제출함으로써 이 선언을 변경할 수 있다.

2. 모든 그러한 선언은 수탁자에게 통지되어야 하고, 협약이 적용되는 영토적 단위를 명시하여야 한다.

3. 어느 국가가 이 조에 따른 선언을 하지 않는 경우 이 협약은 그 국가의 모든 영토적 단위에 미친다.

4. 이 조는 지역경제통합기구에는 적용되지 아니한다.

Article 29
Regional Economic Integration
Organisations

(1) A Regional Economic Integration Organisation which is constituted solely by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may similarly sign, accept, approve or accede to this Convention. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention.

(2) The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, notify the depositary in writing of the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Organisation shall promptly notify the depositary in writing of any changes to its competence as specified in the most recent notice given under this paragraph.

제29조 지역경제통합기구

1. 주권국가들만에 의하여 구성되고 이 협약에 의하여 규율되는 사항의 일부 또는 전부에 대하여 권한을 가지는 지역경제통합기구는 유사하게 이 협약에 서명, 수락, 승인 또는 가입할 수 있다. 그 경우 그 지역경제통합기구는 이 협약에 의하여 규율되는 사항에 대하여 권한을 가지는 범위 내에서 체약국의 권리와 의무를 가진다.

2. 지역경제통합기구는 서명, 수락, 승인 또는 가입시에 이 협약에 의하여 규율되는 사항들 중 어느 사항에 관하여 그 기구의 회원국들이 기구에게 권한을 이전하였는지를 명시하여 서면으로 수탁자에게 통지하여야 한다. 지역경제통합기구는, 이 항에 따른 최근의 통지에 명시된 바에 따른 권한의 배분에 관한 모든 변경을 즉시 수탁자에게 통지하여야 한다.

(3) For the purposes of the entry into force of this Convention, any instrument deposited by a Regional Economic Integration Organisation shall not be counted unless the Regional Economic Integration Organisation declares in accordance with Article 30 that its Member States will not be Parties to this Convention.

(4) Any reference to a "Contracting State" or "State" in this Convention shall apply equally, where appropriate, to a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to it.

Article 30
Accession by a Regional
Economic Integration
Organisation without its
Member States

(1) At the time of signature, acceptance, approval or accession, a Regional Economic Integration Organisation may declare that it exercises competence over all the matters governed by this Convention and that its Member States will not be Parties to this Convention but shall be bound by virtue of the signature, acceptance, approval or accession of the Organisation.

3. 이 협약의 발효의 목적상 지역경제통합기구가 기탁한 문서는 지역경제통합기구가 제30조에 따라 그의 회원국들이 이 협약의 당사자가 되지 않을 것이라고 선언하지 않는 한 산입되지 아니한다.

4. 이 협약에서 “체약국” 또는 “국가”에 대한 모든 언급은 적절한 경우 협약의 당사자인 지역경제통합기구에 대하여 동등하게 적용된다.

제30조 회원국이 없는 지역경제통합기구의 가입

1. 지역경제통합기구는 서명, 수락, 승인 또는 가입시에 이 협약이 규율하는 모든 사항들에 대하여 기구가 권한을 행사한다는 것과 그의 회원국들은 이 협약의 당사자가 되지 않을 것이나 기구의 서명, 수락, 승인 또는 가입에 의하여 구속된다는 것을 선언할 수 있다.

(2) In the event that a declaration is made by a Regional Economic Integration Organisation in accordance with paragraph 1, any reference to a "Contracting State" or "State" in this Convention shall apply equally, where appropriate, to the Member States of the Organisation.

Article 31 Entry into force

(1) This Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the second instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Article 27.

(2) Thereafter this Convention shall enter into force -

a) for each State or Regional Economic Integration Organisation subsequently ratifying, accepting, approving or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

2. 제1항에 따라 지역경제통합기구가 선언을 한 경우에는 이 협약에서 "체약국" 또는 "국가"에 대한 모든 언급은, 적절한 경우 기구의 회원국에 대하여 동등하게 적용된다.

제31조 발효

1. 이 협약은 제27조에 언급된 둘째의 비준서, 수락서, 승인서 또는 가입서의 기탁 후 3개월이 경과한 때의 다음 달의 초일에 발효한다.

2. 그 이후에는 이 협약은 다음 각 호에 따라 발효한다.

a) 후에 이 협약을 비준, 수락, 승인 또는 가입한 각 국가 또는 각 지역경제통합기구에 대하여는 비준서, 수락서, 승인서 또는 가입서의 기탁 후 3개월이 경과한 때의 다음 달의 초일에 발효한다.

b) for a territorial unit to which this Convention has been extended in accordance with Article 28, paragraph 1, on the first day of the month following the expiration of three months after the notification of the declaration referred to in that Article.

Article 32 Declarations

(1) Declarations referred to in Articles 19, 20, 21, 22 and 26 may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time.

(2) Declarations, modifications and withdrawals shall be notified to the depositary.

(3) A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention for the State concerned.

b) 이 협약이 제28조 제1항에 따라 미치게 된 영토적 단위에 대하여는 그 조에 언급된 선언의 통지 후 3개월이 경과한 때의 다음 달의 초일에 발효한다.

제32조 선언

1. 제19조, 제20조, 제21조, 제22조 및 제26조에 언급된 선언은 서명, 비준, 수락, 승인 또는 가입시 또는 그 후 언제든지 할 수 있고, 언제든지 변경되거나 철회될 수 있다.

2. 선언, 변경 및 철회는 수탁자에게 통지되어야 한다.

3. 서명, 비준, 수락, 승인 또는 가입시에 한 선언은 관계된 국가에 대하여 이 협약의 발효와 동시에 발효한다.

(4) A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, shall take effect on the first day of the month following the expiration of three months after the date on which the notification is received by the depositary.

(5) A declaration under Articles 19, 20, 21 and 26 shall not apply to exclusive choice of court agreements concluded before it takes effect.

Article 33 Denunciation

(1) This Convention may be denounced by notification in writing to the depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a non-unified legal system to which this Convention applies.

(2) The denunciation shall take effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date on which the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period after the date on which the notification is received by the depositary.

4. 그 후에 한 선언과 모든 선언의 변경 또는 철회는 수탁자가 통지를 수령한 날로부터 3개월이 경과한 때의 다음 달의 초일에 발효한다.

5. 제19조, 제20조, 제21조 및 제26조에 따른 선언은 그의 발효 전에 체결된 전속적 관할합의에는 적용되지 아니한다.

제33조 폐기통고

1. 이 협약은 수탁자에 대한 서면 통지에 의해 폐기될 수 있다. 폐기통고는 이 협약이 적용되는 불통일 법체계의 일부 영토적 단위들에 제한될 수 있다.

2. 폐기통고는 수탁자가 통지를 수령한 날 후 12개월이 경과한 때의 다음 달의 초일에 발효한다. 다만 당해 통지서에 폐기통고의 효력발생을 위한 보다 장기의 기간이 명시된 경우에는 수탁자가 통지를 수령한 날 후 그러한 장기의 기간이 경과한 때에 발효한다.

Article 34
Notifications by the depositary

The depositary shall notify the Members of the Hague Conference on Private International Law, and other States and Regional Economic Integration Organisations which have signed, ratified, accepted, approved or acceded in accordance with Articles 27, 29 and 30 of the following -

- a) the signatures, ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Articles 27, 29 and 30;
- b) the date on which this Convention enters into force in accordance with Article 31;
- c) the notifications, declarations, modifications and withdrawals of declarations referred to in Articles 19, 20, 21, 22, 26, 28, 29 and 30;
- d) the denunciations referred to in Article 33.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Convention.

제34조 수탁자에 의한 통지

수탁자는 헤이그국제사법회의의 회원국들 그리고 제27조, 제29조와 제30조에 따라 서명, 비준, 수락 및 승인 또는 가입한 다른 국가들 및 지역경제통합기구들에게 다음 각호의 사항을 통지해야 한다.

- a) 제27조, 제29조와 제30조에 언급된 서명, 비준, 수락, 승인 및 가입
- b) 제31조에 따라 이 협약이 발효하는 날
- c) 제19조, 제20조, 제21조, 제22조, 제26조, 제28조, 제29조와 제30조에 언급된 통지, 선언과 선언의 변경 및 철회
- d) 제33조에 언급된 폐기통고

이상의 증거로서 정당한 권한을 위임받은 하기 서명자는 이 협약에 서명하였다.

Done at The Hague, on 30 June 2005, in the English and French languages, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the Member States of the Hague Conference on Private International Law as of the date of its Twentieth Session and to each State which participated in that Session.

2005년 6월 30일 헤이그에서 동등하게 정본인 영어 및 불어로 본서 1통을 작성하였다. 본서는 네덜란드 정부보관소에 기탁하고 그 인증등본은 외교경로를 통하여 제20차 회기 현재 헤이그 국제사법회의의 각 회원국과 그 회기에 참석한 각 국가에 송부된다.

Abstract

A research on Hague Convention on Choice of Court Agreements

Sangsoon Park

Graduate School of Law

Seoul National University

With regard to international transaction, which is common in nowadays, there is no uniform court of justice to resolve the dispute. To solve this problem, international arbitration is used broadly. Apart from it, there has been attempt to solve the dispute through each country's court system. This is because, compared to arbitration, party can expect how the system works, use the court system that has already organized, predict through accumulated precedents.

To resolve the dispute through the litigation has been discussed regionally. But the attempt to establish global convention on litigation, Hague Conference on Private International law started to discuss this topic from 1992. At last, in 2005, Hague convention on choice of court agreements entered into force. This convention aims to work as to the New York Convention, which is widely used in international litigation.

This convention shall apply in international cases to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters(Article 1). Although there were opinion to apply the convention on non-exclusive choice of court agreements, it have not been accepted. There are a lot of exclusions from scope(Article 2), which is also result of a negotiation. Someone present a problem that so many subjects are excluded from scope. But it can attract other countries thinking joining the convention. And through the Reciprocal declaration on non-exclusive choice of court agreements(Article 22), the convention can cover more than exclusive choice of court agreements.

The convention provides rules giving effect to choice of court agreements and for recognizing and enforcing the resulting judgments. There are three basic rules 1. The Chosen court shall have jurisdiction(Article 5), 2. Courts not chosen shall suspend or dismiss the case 3. A judgment given on jurisdiction based on an exclusive choice of court agreement shall be recognized and enforced.

Article 5 and 6 intends to harmonize the rule '*Forum non conveniens*' and '*lis alibi pendens*', which is used in common law countries and civil law countries respectfully. Parties who agree to choice of court agreements want to have a suit in the court he chose, and do not want to have a suit in the court not chosen regarding time, expense, etc. This was reflected in the convention.

Under Article 8, A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States. There are exceptions, however, which should be interpreted narrowly regard to the object of the convention. Article 11 provides that recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that,

the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered. But it does not apply to the contracts of insurance and reinsurance which is regulated in Article 17.

We should consider joining the convention positively. In doing so, there is need to revise the law or change the precedents.

Keywords: Hague Convention on Choice of Court Agreements, international choice of court agreement, exclusive choice of court agreement, recognition and enforcement of judgment, declaration

Student Number: 2010-23507